الدكتور
عبد اللطيف محمد عامر

أحكام الوصايا والوقف

مكتبة وهبة
١٤ شارع الجمهورية - عابدين
القاهرة تليفون: ٣٩١٧٤٧٠
فاكس: ٣٩٠٣٧٤٦

الطبعـة الأولى

١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠].

«ما حقُّ امرىءٍ مسلم له شيءٌ يوصِى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده». [حديث شريف]

(البخارى: ٥ كتاب الوصايا)

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

نظم الإسلام أمر التصرف فى التركة التى يتركها الإنسان بعد وفاته.

وقد بين أن ما يتعلق بها من الحقوق ليس محصورا فى الميراث، بل إن الميراث قد يكون آخر هذه الحقوق.

ولقد فصل القرآن هذه الحقوق المتعلقة بالتركة فجعل الوصية والدين مقدمين على الإرث.

كما أكد ذلك بتكراره عند كل نوع من أنواع الفرائض بقوله: ﴿**مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ**﴾.

وقال العلماء إن أول تركة قسمت فى الإسلام هى تركة سعد بن الربيع الذى توفى، فجاءت زوجته إلى الرسول ﷺ تطلب تخصيص شيء لابنتيه من تركته، فنزل قوله تعالى: ﴿**يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ**﴾.

والخطاب فى هذه الآية عام موجه إلى المكلفين فى الأمة، لأنهم هم الذين يقسمون وينفذون الوصية[1].

وفى هذه الآية الكريمة قدم القرآن كلا من الوصية والدين على الإرث، كما قدم ذكر الوصية على ذكر الدين لأن الوصية شبيهة بالميراث، شاقة على الورثة، وإن كان الدين مقدما عليها فى الوفاء.

---

(١) انظر تفسير المنار، للسيد محمد رشيد رضا ج١ / ٣٣٥.

فالدين أول ما يجب فى التركة ويليه الوصية.. ثم ما بقى بعد أدائهما فهو الذى يقسم على الوارثين.

كما تفهم من عطف الدين على الوصية فى قوله تعالى: ﴿ .. مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ بحرف العطف (أو) دون الواو للإيذان بأن الدين والوصية متساويان فى الوجوب، ومتقدمان على القسمة مجموعين أو منفردين.

وإذن فإن الحقوق التى تجتمع على التركة فى الترتيب هى:

الديون – الوصايا – الإرث.

وقد سمى القرآن تنفيذ هذه الحقوق فى التركة (حدود الله) وحذر من التعدى عليها.

كما سماها (فريضة من الله)، وقد ذهب البعض إلى أن هذه التسمية متعلقة بالوصية بالذات.

وكأن الآية تقول: لا تدرون أى آبائكم وأبنائكم أقرب لكم نفعا: أمن يوصى ببعض ما له فيمهد لكم طريق المثوبة فى الآخرة بإمضاء وصيته، أم من لم يوص بشىء فيوفر لكم عرض الدنيا[1].

فعليكم أن تمتثلوا أمر الله، ولا تتبرموا بإمضاء الوصية وإن كثرت، ولا تذكروا الموصى (المتوفى) إلا بالخير.

والقرآن الكريم – وهو مصدر التشريع الإسلامى – يختم آية المواريث التى قسم فيها التركة على أصحابها أنصافاً وأرباعاً وأثماناً يختم ذلك بقوله تعالى: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِن تَحْتِهَا الأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ ﴾ [النساء: ١٣].

---

(١) انظر تفسير المنار (السابق).

فكان هذا التقسيم لا يقصد لذاته، وإنما هو من معالم إقامة ﴿حُدُودُ اللَّهِ﴾ فى الأرض.

ولقد كنت كتبت فى علم الميراث كتاباً سميته (علم الفرائض) بناء على ما درج عليه الفقهاء فى المذاهب الإسلامية فى إطلاق الاسم على الميراث.

وهأنذا أقدم هذا الكتاب فى (أحكام الوصايا والوقف) وأقسمه إلى قسمين: قسم الوصية – قسم الوقف.

وقد قدمت ما قدمه القرآن فبدأت بالوصية ثم بالوقف من حيث هو موضوع يتعلق بالتركة أيضاً، ومن حيث هو موضوع يتعرض له زملاؤنا الأفاضل أساتذة الشريعة بكليات الحقوق.

وغايتنا – فى نهاية الأمر – أن يكون العرض المنهجى فى دائرة العرض القرآنى.

ونسأل الله التوفيق فى العمل، والعفو عن الخطأ، والمثوبة على الصواب.

الدكتور
عبد اللطيف محمد عامر

القسم الأول

الوصيــة

- الفصل الأول : التعريف بالوصية .
- الفصل الثانى : أركان الوصية .
- الفصل الثالث : مقدار الوصية وإجازة الورثة .
- الفصل الرابع : أحكام عامة فى الوصية .

الفصل الأول
التعريف بالوصية

- المبحث الأول : معنى الوصية وصلتها بغيرها
- المبحث الثانى : مشروعية الوصية
- المبحث الثالث : مجالات الوصية وآدابها
- المبحث الرابع : الحكم التكليفى للوصية



الفصل الأول

التعريف بالوصية

المبحث الأول

معنى الوصية[1] وصلتها بغيرها :

للوصية مدلول عام يتعلق باللغة كما يتعلق بالاصطلاح الشرعى، وتتفرع عن هذا المدلول العام فروع نعرض لبعضها فيما يلى :

● **التوصية :**

وهو مصدر من الفعل «وصّى» بتشديد الصاد، وهذا المصدر بهذه الصياغة يدل على ما يرغب فى فعله من خير وصلاح إذا صدرت التوصية من الله سبحانه.

وحين ذلك تكون هذه التوصية أمراً بالإيجاب، لأن مقتضى الأمر الإلهى الطاعة وعدم المخالفة.

إذ يقول سبحانه : ﴿ **وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَن يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا** ﴾ [الأحزاب : ٣٦].

ومما جاء فى هذا الأمر بلفظ التوصية قوله تعالى : ﴿ **أَمْ كُنتُمْ شُهَدَاءَ إِذْ وَصَّاكُمُ اللَّهُ بِهَذَا** ﴾ [الأنعام : ١٤٤].

(١) انظر على سبيل المثال : بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ص٧ / ٣٣٣، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ص٢ / ٤٢٩، الكافى فى الفقه لموفق الدين ابن قدامة المقدسى ص٢ / ٣١٥ المغنى لابن قدامه (عبدالله بن أحمد بن محمد) ص٦ / ١، معجم ألفاظ القرآن : مجمع اللغة العربية.

فهذه الآية مسبوقة بخبر تحريم المشركين ما لم يحرم الله تعالى من الأنعام وغيرها من الأغذية وما يتعلق بها.

وبعد تعجيزهم عن الإتيان بعلم لم يؤثر عن أحد من رسل الله بتحريم ما زعموا، ألزمهم هنا ادعاء تحريم الله إياه عليهم بوصية سمعوها منه..

فالآية تقول لهم: هل شاهدتم ربكم فوصاكم بهذا التحريم مباشرة دون واسطة؟

ومن ذلك أيضاً قول الله سبحانه: ﴿ **وَلَقَدْ وَصَّيْنَا الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ وَإِيَّاكُمْ أَنِ اتَّقُوا اللَّهَ** ﴾ [النساء: ١٣١].

فالله سبحانه - في هذه الآية - يبين أنه وصى الذين أوتوا الكتاب ومن قبلهم بإقامة سنة وشريعته لتستقيم أمور الحياة على مبادئ من الدين. وقوله سبحانه تعالى: ﴿ **وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا** ﴾ [العنكبوت: ٨] يجعل طاعة الوالدين والإحسان إليهما واجباً شرعياً، وفى المقابل يجعل عقوق الوالدين من المحظورات التى تستوجب العقاب، وفى الحديث النبوى: «استوصوا بالنساء خيراً»(١) أى اقبلوا وصيتى فيهن واعملوا بها وارفقوا بهن.. وهذا من باب التوصية بالخير والإقبال على العمل الصالح، كما تأتى التوصية أيضاً فى المال والولد.

فيقال: وصى فى ماله أو ولده بشيء معين أى عهد فى ذلك بما يرى على أن ينفذ بعد موته.

كأن يعهد أن يُعطَى فلان من ماله مبلغاً بعد وفاته، أو أن يقوم على ولده بالرعاية بعد وفاته.

وهذا المدلول الأخير هو الذى يقترب من المعنى الاصطلاحى للوصية الذى سنتعرض له، والذى هو موضوع هذا البحث.

---

(١) البخارى كتاب النكاح: ٨٠.

والتوصية هنا – كما هو واضح – ذكر ما يراد فعله فى المال والقرابة بعد الموت.

فإذا أوصى الإنسان بكذا فى ماله فقد نزل عن هذا الجزء لمن يشاء يتولاه بعد وفاته.

ومن هذا الباب قوله تعالى: ﴿ ... **فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ**﴾ [النساء: ١٢]

فالوصية المقصودة هنا وصية بجزء من المال يخرج من التركة قبل توزيع الأنصبة المستحقة للورثة.

ومثله أيضاً قوله تعالى: ﴿**فَلأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ**﴾ [النساء: ١١] وهذا أيضاً من الإيصاء بالمال.

● **التواصى:**

وهو مصدر من الفعل «تواصى»، وهذا الفعل – كما يقول النحويون – يقتضى المفاعلة أى تبادل الفعل.

فإذا كانت التوصية أو الوصية صادرة من إرادة واحدة، فإن التواصى يكون صورة من تبادل إرادتين على توصية من كليهما بفعل معين.

يقال: تواصى القوم بالتعاون – مثلاً – فيما بينهم، أى اتفقوا على هذا التعاون، والتزامه من كل طرف من الأطراف.

وذلك فى مثل قوله تعالى: ﴿ **أَتَوَاصَوْا بِهِ.. بَلْ هُمْ قَوْمٌ طَاغُونَ** ﴾ [الذاريات: ٥٣] أى هل اتفق الكفار على ما يرددونه من معانى الإنكار والشرك؟

وفى قوله تعالى عن التواصى بالخير: ﴿ ...**إِلاَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَاصَوْا بِالصَّبْرِ**﴾ [العصر: ٣].

● **الإيصـــاء:**

وهو مصدر من الفعل (أوصى) .

يقال أوصى فلان بكذا يوصى إيصاء، وهو أن يعهد إلى غيره فى القيام بأمر من الأمور، سواء أكان القيام بذلك الأمر فى حالة حياة الطالب أم كان بعد وفاته(١).

والإيصاء والوصية – عند بعض الفقهاء – بمعنى واحد، وعند بعضهم أن الإيصاء أخص من الوصية.

حيث يكون الإيصاء إقامة الإنسان غير مقامة بعد وفاته فى تصرف من التصرفات، أو فى تدبير شئون أولاده الصغار ورعايتهم، ولا يقتصر ذلك على المال وحده.

والشخص الذى يقوم مقام غيره بعد موته نتيجة إيصاء هذا الغير يسمى « الوصى ».

أما إقامة غيره مقامه فى القيام بأمر فى حال حياته، فلا يقال له فى الاصطلاح إيصاء، وإنما يقال له « وكالة »(٢).

والوصاية هى الولاية على القاصر، والوصى هو الذى يقوم على شئون الصغير.

والله سبحانه يوصى هذا النوع من الأوصياء على القصّر واليتامى بالأمانة فى تدبير المال بقوله: ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا**

---

(١) مختار الصحاح، مادة (و. ص. ى).

(٢) الشرح الصغير وحاشية الصاوى ٢ / ١٨١ .

عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾ [النساء: ٦] فالآية الكريمة هنا تبين نوعاً من الوصاية على مال اليتيم والقاصر، وتتطلب من الأوصياء الأمانة والدقة فى تدبير أموال هؤلاء اليتامى حين يرشدون، فيدفع الأوصياء إليهم أموالهم.

● الإيصاء والوصية:

والذين يذهبون إلى أن الوصية أعم من الإيصاء هم الحنفية والشافعية فالوصية عندهم تصدق على التمليك المضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.

وتصدق – بهذا الوصف – على الإيصاء، وهو طلب شىء من غيره ليفعله بعد وفاته، كقضاء ديونه وتزويج بناته[١].

أما المالكية وبعض الحنابلة فإنهم يرون أن الوصية والإيصاء بمعنى واحد.. وقد عرفها المالكية بأنها (عقد يوجب حقاً فى ثلث مال العاقد يلزم بموته، أو يوجب نيابة عنه بعد موته)[٢].

وعرفها بعض الحنابلة بأنها (الأمر بالتصرف بعد الموت، أو التبرع بالمال بعده أى[٣] أنها إذا كانت أمراً بتصرف أو تبرع، فإنها مضافة إلى ما بعد الموت.

وكلا التعريفين السابقين يفيدان أن الوصية قد تكون بالتبرع بالمال بعد الموت، وقد تكون بإقامة الموصى غيره مقام نفسه فى أمر من الأمور بعد وفاته.

فهى شاملة لكل منهما على السواء، وكلاهما يطلق عليه اسم الوصية[٤] وبناء على هذا العرض فإن هناك سمات فارقة بين الوصية والإيصاء بالمعنى الاصطلاحى الشرعى لكل منهما.

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٣٣٣، تبين الحقائق ٦/ ١٨٢.
(٢) الشرح الكبير ٤/ ٣٧٥.
(٣) المغنى ١/ ١.
(٤) موسوعة الفقه الكويتية ص٧/ مادة (إيصاء).

ونذكر بعض هذه السمات فيما يلى:

١ – يتم الإيصاء وينفذ فى حياة الموصى، وهو ينعقد بإيجاب من الموصى وقبول من الموصى إليه.

أما الوصية فإن نفاذها يكون مضافاً إلى ما بعد وفاة الموصى، وإذا كان ركناها هما الإيجاب والقبول أيضاً.

فإن قبول الموصَى إليه يكون أحياناً بعدم رده، وقد شبه الفقيه الحنفى «زفر» ملكية الموصى له بملكية الوارث، لأن كل واحد من الملكين ينتقل بالموت ثم ملك الوارث لا يفتقر إلى قبول وكذلك ملك الموصى له[١].

٢ – الإيصاء بالنسبة للموصِي يكون واجباً عليه إذا كان برد المظالم وقضاء الديون المجهولة، أو التى يعجز عنها فى الحال، لأن أداءها واجب أما الوصية فإنها – على أصح الأقوال – تكون مندوبة بنص الكتاب والسنة.

٣ – لأن الإيصاء ينفذ فى حياة الموصى، فإنه ليس تصرفاً لازماً فى حقه باتفاق الفقهاء، فله الرجوع عنه متى شاء.

أما الوصية فإنها ملزمة للورثة مادامت فى حدود ثلث التركة، وهى تنفذ فى التركة قبل تقسيم هذه التركة على مستحقيها.

٤ – الإيصاء إذا كان برعاية الأولاد الصغار ومن فى حكمهم كالمجانين والمعتوهين، والنظر فى أموالهم بحفظها والتصرف فيها بما ينفعهم.. فلا خلاف بين الفقهاء فى أن تولية الوصى تكون للأب، لأن للأب الولاية على أولاده الصغار ومن فى حكمهم فى حال حياته، فيكون له الحق فى إقامة خليفة عنه فى الولاية عليهم بعد وفاته.. أما الوصية فإنها تكون للقريب والبعيد، والوارث ولغير الوارث[٢].

---

(١) بدائع الصنائع ص٧/ ٣٣٢.

(٢) على الخلاف فى هذه الجزئية الأخيرة.

٥ – من شروط الموصَى إليه – فى الإيصاء – العقل والتمييز، وعلى هذا لا يصح الإيصاء إلى المجنون والمعتوه والصبى غير المميز. أما فى الوصية فإن الشرط فى الموصَى إليه ان يكون موجوداً وقت الوصية فإن لم يكن موجوداً فلا تصح الوصية، لأن الوصية للمعدوم لا تصح.

٦ – تنتهى الوصاية بموت الموصِى، أو إنتهاء مدة الوصاية بأن كانت شهراً أو سنة مثلاً، أو إنتهاء العمل الذى عهد إلى الوصى القيام به. أما الوصية فإنها تبدأ بموت الموصِى، وليست لها مدة محددة، كما أنها ليست إسناداً لعمل معين إلى الموصَى له.

وإذن فإن خلاصة القول فى معنى الوصية، أنها اسم لما أوجبه الموصى فى ماله بعد موته، ومن هنا فإنها تنفصل عن البيع والإجارة والهبة، لأن هذه الأشياء لا تحتمل الإيجاب بعد الموت لأن الإنسان إذا أوجبها بعد الموت بطلت.

فالوصية ما أوجبه الموصى فى ماله تطوعاً بعد موته أو فى مرضه الذى مات فيه وهذا يشمل جميع أنواع الوصايا، لأنه لا يتناول الوصايا بالقربات الواجبة كالحج والزكاة والكفارات ونحوها...

كما أن تبرع الإنسان بماله فى مرضه الذى مات فيه كالهبة والكفالة لا يكون وصية حقيقية لأن حكم هذه التصرفات منجز نافذ فى الحال قبل الموت.

وحكم الوصية يتأخر إلى ما بعد الموت[١].

وقد اتفق الفقهاء على ان تنفيذ ما يوصى به الميت يجىء بعد الدين وقبل أخذ الورثة أنصباءهم من التركة، لقوله تعالى: ﴿ **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ** ﴾.

---

(١) يعرّف القانون الوصية على النحو التالى:
مادة (١) (الوصية تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت).

وتقديم الوصية على الدَّين فى الآية الكريمة لا يفيد التقديم فعلاً، وإنما يفيد العناية بأمر وصية الميت، وإن كانت تبرعاً منه.

والدَّين - كذلك - واجب من أول الأمر، لكن الوصية تبرع ابتداء، والواجب يؤدى قبل التبرع، وقد روى عن الإمام عليٌّ قوله: (إنكم تقرؤون الوصية قبل الدين، وقد شهدت رسول الله ﷺ بدأ بالدين قبل الوصية).

كما أن تقديم الوصية على حقوق الورثة ليس على إطلاقه، لأن تنفيذ الوصية مقيد بحدود الثلث، فإن كان الموصَى به شيئاً معيناً أخذه، وإن كان بثلث أو ربع مثلاً كان الموصَى له شريكاً للورثة فى التركة بنسبة نصيبه الموصى له به لا مقدماً عليهم، فإذا نقص المال لحقه نقص.

ولما كانت الوصية بنسبة شائعة على سبيل المشاركة مع حقوق الورثة، فلو هلك شيء من التركة قبل القسمة فإنه يهلك على الموصى له والورثة جميعاً، ولا يعطى الموصى له كل الثلث من الباقى، بل الهالك يهلك على الحقين، والباقى يبقى على الحقين ثم أن طريقة حساب الوصية أن يحسب قدر الوصية من جملة التركة لتظهر سهام الورثة.

كما تحسب سهام أصحاب الفرائض أولا ليظهر الفاضل للعصبة[1].

إطلاق الوصية وتقييدها:

كما تصح الوصية مطلقة فإنها تصح مقيدة.

والوصية المطلقة هى التى يعبر عنها صاحبها مطلقة عن قيود التوقيت فلو قال مثلاً: أوصيت بثلث مالى للمساكين أو لفلان، وتئول إلي الموصى إليه بعد موتى.

فتلك وصية مطلقة، لأنه لا يدرى متى يموت، ولأنه جري على الأصل فى الوصية، وهو أنها لا تنتقل إلى الموصَى له إلا بعد وفاة الموصِى.

(١) الدسوقى ٤ / ٤٥٨، نهاية المحتاج ٦/٧.

أما إن قال: إذا مت فى مرضى هذا، أو فى سفرى هذا، أو فى هذه الحرب التى أشترك فيها فإننى أوصى بثلث مالى للمساكين أو لفلان.

ثم أنه برىء من مرضه، أو عاد من سفره، أو نجا من الحرب... ولكنه مات بعد ذلك دون القيود التى فرضها... فإن الوصية بطلت، لأنه قيدها بشروط معينة، فلم تتحقق هذه الشروط.

وهذا ما يقول به الشافعى وأحمد بن حنبل، والحجة فى ذلك أن الوصية بهذه الصورة تكون وصية مشروطة لم يتحقق شرطها فبطلت. وذلك كما لو لم يكتب كتابا لوصية، أو لو وصى لقوم فماتوا قبله.. وحيث أنه قيد وصيته بقيد معين، فلا ينبغى أن يتعداه وقال مالك: إن قال قولا ولم يكتب كتابا فليس له وصية، وإن كتب كتابا، وقيد نفاذ وصيته بموته إن مات (فى هذا المرض)، ثم إنه برىء فاقر الوصية التى كتبها فوصيته بحالها، وهى صحيحة ما لم ينقضها[1].

ومن صور الإطلاق فى الوصية أن يوصى لفلان (بسهم) من ماله دون أن يحدد مقدار هذا السهم.

وحين ذلك إما أن يفسر هذا السهم على أنه سدس التركة كما روى ذلك عن علىٍّ وابن مسعود.

وإما أن تقسم التركة سهاماً، فيعطى سهماً من سهام الفريضة بحيث لا يجاوز السدس.

ويقصد بسهام الفريضة تلك السهام المفروضة لأصحابها كالثلث والربع والسدس والثمن.

والموصى له فى هذه الوصية المطلقة يأخذ أقل ما يكون من السهام. ووجه هذا القول أن سهام الورثة هى أنصباؤهم، فيكون له أقلها لأنه اليقين. فإن زاد

(١) المغنى ٦/ ٢٨، ٢٩.

على السـدس دفع إليـه السـدس دون زيادة . لأن السـهـم فى كـلام العـرب هو السـدس، فـتنصـرف الوصـيـة إليـه ويرى الشـافـعى أن يعطيـه الورثة مـا شـاءوا، لأن ذلك يقع عليـه اسم السـهـم، فـأشـبـه مـا لو أوصى له بجـزء أو بحظ من المال فـفى ذلك الوقت يعطيه الورثة ما شاءوا.

ومـعنى ذلك أن الورثة هم الذين يفـسـرون مـقـدار هذا الجـزء أو هـذا الحظ مادام الموصى قد تركه مطلقا عن التحديد .

ومن صـور الإطلاق أيضـاً أن يوصى لأحـد الأشـخـاص (بمثل نصـيـب أحـد ورثته)، ولكنه لم يسم هذا الوارث الذى تقاس الوصية على سهمه . . فإن كان الورثة يتساوون فى الميراث كالبنين، فان للموصى له مثل نصيب أحدهم . .

وإن كانوا يتفاوتون فى الميراث فإن له مثل نصيب أقلهم ميراثا . .

ومعنى ذلك أنه إذا كان للموصى ولد واحد فالوصية بجميع المال، وإن كان له أبناء فالوصية بالنصف، وإن كانوا ثلاثة فالوصية بالثلث . .

ويأخذ الموصي له – على كل الأحوال – فى حدود الثلث، وما كان زيادة على ذلك فهو بإجازة الورثة .

* * *

المبحث الثانى

مشروعية الوصية

الوصية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

أما الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿ **كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ** ﴾ [البقرة: ١٨٠].

وعلى الرغم من أن مادة (و. ص. ى) قد وردت فى القرآن الكريم ما يقرب من تسع وعشرين مرة بمعنى الوصية والتوصية والإيصاء وغيرها.

إلا أن القرطبى يذكر أن قوله تعالى: «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت... الآية) هى آية الوصية.

ولعله يقصد بذلك الوصية بالمعنى الاصطلاحى الفقهى الذى نتعرض له.

فهو يقول بعد ذلك: ليس فى القرآن ذكر الوصية إلا فى هذه الآية وفى النساء «من بعد وصية»، وفى المائدة «من بعد وصية»[1].

وهذه الآيات الثلاث هى التى تتعرض للوصية وأحكامها بالمعني الاصطلاحى.

وآية البقرة هى أتم هذه الآيات وأكملها من حيث تفصيل أحكام الوصية.

وقد نزلت هذه الآية قبل نزول الفرائض والمواريث، وقبل قوله تعالى: ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ** ﴾ [البقرة: ١٧٩].

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ص١ / ٦٣٥.

فلما ذكر الله سبحانه أن لولى الدم أن يقتص من القاتل، فهذا الذى أشرف على وقوع الاقتصاص عليه كأنما أشرف على الموت. فهذا أوان الوصية.

فالآية - إذن - مرتبطة بما قبلها ومتصلة بها.

وقد سمت الآية المال «خيرا» (إن ترك خيرا)، وقد قال قتادة عن الحسن: الخير ألف دينار فما فوقها، وقال الشعبى: ما بين خمسمائة دينار إلى ألف..

والشاهد فى ذلك أنهم يفسرون الخير هنا بالمال قلَّ أم كثر. ولكن جماعة من العلماء قد اختاروا أن من عنده مال قليل وله ورثة فلا بأس عليه بأن يترك الوصية.

روى ذلك عن على وابن عباس وعائشة.

وقد روى عن عائشة أن رجلا قال لها: إنى أريد أن أوصى قالت: كم مالك؟ قال: ثلاثة آلاف، قالت: فكم عيالك؟ قال: أربعة، قالت: إن الله تعالى يقول: «إن ترك خيرا»، وهذا شيء يسير فدعه لعيالك فإنه أفضل لك.

ويتصل بهذا قول الرسول ﷺ لسعد بن أبى وقاص: (إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس فى أيديهم وإنك مهما أنفقت من نفقة فإنها صدقة، حتى اللقمة التى ترفعها إلى فى - فم امرأتك)[1].

وقد بينت الآية ان الأولى بالوصية هم الوالدان والأقربون الذين لا يرثون إذا كانوا كفارا أو عبيدا، أو كانوا أقارب ولم يكن لهم نصيب معين فى الميراث.

وقد قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن الوصية للوالدين اللذين لا يرثان والأقرباء الذين لا يرثون.

وقال ابن عباس والحسن: الآية عامة فى كل من تصح له الوصية، بل إن من كان يرث بآية الفرائض قد نسخ نصيبه فى آية الوصية.

كما قيل إن آية الفرائض - أى المواريث - لم تستقل بنسخ آية الوصية

(١) البخارى، باب «أن يترك ورثته أغنياء» ح/ ٢٧٤٢.

إلا بضميمة أخرى وهى قوله ﷺ : «إن الله قد أعطى لكل ذى حق حقه فلا وصية لوارث».

وسنتعرض لحكم الوصية لوارث فيما يلى من المباحث بإذن الله.

أما الآية الثانية فى مشروعية الوصية فهى قوله تعالى: ﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ** ﴾ إلى قوله تعالي: ﴿ **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ** ﴾ ثم: ﴿ **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ** ﴾ ، ثم: ﴿ **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ** ﴾، ثم: ﴿ **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ** ﴾ [النساء: ١١، ١٢].

وقد بدأت الآية بقوله تعالى: ﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ** ﴾ ولفظ الوصية هنا ليس من جنس الوصية التى نحن بصددها.

ولكن ﴿ **يُوصِيكُمُ** ﴾ هنا بمعنى يعلمكم علم الفرائض التى هى - كما يقال - ثلث العلم أو نصف العلم.

فلقد روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإنه نصف العلم وهو أول شيء ينسى، وهو أول شيء ينتزع من أمتى».

والوصية هنا فريضة محكمة تبين حقوق الأولاد وغيرهم ممن يحصلون على أنصبتهم بقواعد الميراث الشرعية المفروضة «فريضة من الله والله عليكم حكيم»، أما لفظ «الوصية» التى تكررت بعد ذلك فى الآيات فإنها هى المقصودة فى المعنى الاصطلاحى فى الوصية.

فهنا ميراث مفروض، ووصية مضافة إلى ما بعد الموت، ولا ميراث إلا بعد أداء الدين والوصية، فإذا مات المتوفى أخرج من تركته الحقوق المعينة، ثم ما يلزم من تكفينه ودفنه، ثم الديون على مراتبها.. ثم الوصية وما كان فى معناها.

ورغم أن الآيات قد ذكرت الوصية قبل الدين، فإن الدين مقدم على الوصية بالإجماع، فقد قضى الرسول ﷺ بالدين قبل الوصية، والعمل على هذا عند أهل العلم.

وقد روى عن على رضى الله عنه – قول رسول الله ﷺ: «الدين قبل الوصية وليس لوارث وصية».

أما الآية الثالثة فى مشروعية الوصية فهى قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ ﴾ [المائدة: ١٠٦].

ويتبين من سياق هذه الآية ومن سبب نزولها أن الوصية هنا ليست من باب التوصية بجزء من المال لبعض الناس بعد وفاة الموصى..

ولكنها توصية بالتصرف فى المال كله للورثة ولغيرهم من المستحقين. فقد روى البخارى وغيره أنها نزلت فى فتى من بنى سهم حضرته الوفاة فى أرض ليس لها مسلم، فأوصى إلى شخصين آخرين (هما تميم الدارى وعدى بن بداء) بحسن التصرف في ماله بعد وفاته، فدفعا تركته إلى أهله للتصرف فيها.

وليس هذا من باب الوصية الشرعية التى نحن بصددها، ولكن من قبيل «الائتمان» فى دفع تركة الموصى إلى أهله لتجرى فيها القواعد الشرعية للميراث.

مشروعية الوصية من السنة:

وردت أحاديث كثيرة فى الوصية: بعضها فى الحث على الوصية، وبعضها فى أحكامها أو شروطها، وبعضها فيما تجب فيه.

سنتعرض لهذه الأنواع فى مجالاتها المختلفة.

ونعرض هنا لما عرضته السنة من مشروعية الوصية بوجه خاص.

فعن عبدالله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «ما حق امرىء مسلم له شىء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»[1].

وقد قال الإمام الشافعى فى معنى الحديث: ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده.

(١) البخارى ج٥، كتاب الوصايا/ ٢٧٣٨.

أى أن من الحزم أن يعدّ الإنسان وصيته – بوجه عام فى مال أو فى غيره – وأن يتركها لمن بعده ليلتزموا بها قبل موته..

وإذا كان الحديث يوصى المسلم بالذات أن يترك وصيته لمن بعده، فإن الإسلام هنا وصف خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له.

أو أن هذا الوصف – وهو الإسلام – قد ذكر هنا لدفع الناس إلى المبادرة إلى الوصية والامتثال بالأمر إليها لما يشعر به من نفى الإسلام عن تارك ذلك. كما أن كلمة «امرىء» فى الحديث إن كان معناها الرجل فإن التعبير بها خرج مخرج الغالب، وإلا فلا فرق فى الوصية الصحيحة بين الرجل والمرأة ومن ثم فإنه لا يشترط العقل والحرية.

وقد نقل الإجماع عن جواز وصية الكافر، وإن كان السبكى يرى أن الوصية شرعت زيادة فى العمل الصالح، والكافر لا عمل له بعد الموت. وليس ذكر الليلتين تحديدا حاسما لمدة بقاء المال فى يد المرء حتى يوصى به، فقد ذكر فى حديث آخر أو رواية أخرى «ثلاث ليال».. وكان ذكر الليلتين والثلاث لرفع الحرج لتزاحم أشغال المرء التى يحتاج إلى ذكرها، ففسح له هذا القدر ليتذكر ما يحتاج إليه.

فاختلاف الروايات فى المدة دال على أنه للتقريب لا للتحديد. والمعنى أنه لا يمضى على المرء زمان وإن كان قليلا إلا ووصيته مكتوبة وفى ذلك إشارة إلى اغتفار الزمن اليسير.

ولقد رأى بعض العلماء فى ذلك الحديث برواياته المتعددة أن فى تخصيص الليلتين والثلاث بالذكر تسامحا فى إرادة المبالغة، أى لا ينبغى أن يبيت زمانا ما وقد سامحناه فى الليلتين والثلاث، فلا ينبغى له أن يتجاوز ذلك.

ومن هنا نرى التزام ابن عمر بهذه المدة فى قوله: «لم أبت ليلة منذ سمعت رسول الله ﷺ يقول ذلك إلا ووصيتى عندى».

ونرى أن الالتزام بهذه المدة القصيرة، أو الالتزام بمبدأ الوصية فى الأموال بوجه خاص قد أعفانا منه الشرع إذ وضع قواعد لانتقال التركة بعد وفاة أصحابها، وهذه القواعد ضابطة للتصرف منضبطة فى التنفيذ، وهى أحكام الميراث التى جعلها الشارع من « حدود الله » التى لا ينبغى تخطيها..

وإذا رأينا فى هذا الحديث وفى غيره من الأحاديث التى سنذكرها مشروعية للوصية، فهى فى الوصية بوجه عام فى السلوك والالتزام وليست محصورة فى المال..

كان يوصى الأب أولاده بتقوى الله، وأداء الأمانات، والمحافظة على حقوق الله وحقوق العباد..

ومن هذا الباب نفهم الحديث الذى روته عائشة: « إن الميت ليعذب ببكاء أهله عليه ».

فقد فسره بعض علماء الحديث بأنه قد ورد فيمن أوصى أهله – قبل وفاته – أن يظهروا الجزع بوفاته، فيلطموا الخدود ويشقوا الجيوب، ويتحدثوا بلوعة عن مناقبه ومآثره.

ومن هنا وردت أهمية التوصية بالبعد عن هذه الأفعال، وتجنب هذه التقاليد الجاهلية.

ولقد استدل بعض السلف بهذا الحديث وبقوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ ﴾ على وجوب الوصية.

ولكننا نرى أن ذلك يدل – فى حده الأقصى – على مشروعيتها لا على وجوبها، حيث ذهب آخرون إلى أنها مندوبة وليست واجبة..

وسنعود إلى معالجة ذلك عند الكلام عن الحكم التكليفى للوصية..

وقد يقال إنه يحتمل أن الرواية التى تنفى الحل فى مثل قولهم « لا يحل لا مرىء مسلم ببيت ليلتين.. الحديث ».

أن الراوى أراد بنفى الحل ثبوت الجواز بالمعنى الأعم الذى يدخل تحته الواجب والمندوب والمباح.

والمعنى أن الوصية جائزة مشروعة إن وقعت وأراد صاحبها أن يضيفها إلى ما بعد وفاته.

وإذا كان القياس يأبى جواز الوصية، لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت والموت مزيل للملك، فكأن الإضافة وقعت فى زمان زوال الملك حيث لا يتصور وقوعه تمليكا.. فإن هذا (الوقوع) يتم استحسانا[1] لا قياسا اعتمادا على أدلة المشروعية التى نسوقها.

كما جاء أيضاً فى مشروعية الوصية حديث آخر نحسب أنه أدخلُ فى الوصية بمفهومها الاصطلاحى الفقهى، وهو وصية الإنسان بثلث تركته إلى غير ورثته بعد وفاته.

ما ورد عن عامر بن سعد بن أبى وقاص أن أباه قال: (جاء النبى ﷺ يعودنى وأنا بمكة، وهو يكره أن يموت بالأرض التى هاجر منها، قال: يرحم الله ابن عفراء - يقصد سعدا - قلت: يا رسول الله.. أوصى بمالى كله؟ قال: لا. قلت: فالشطر؟ - أى النصف - قال: لا، قلت: الثلث؟ قال: فالثلث، والثلث كثير، إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس فى أيديهم، وإنك مهما أنفقت من نفقة فإنها صدقة، حتى اللقمة، التى ترفعها إلى فم امرأتك، وعسى الله أن يرفعك فينتفع بك ناس، ويضرّ بك آخرين، ولم يكن له يومئذ إلا ابنة)[2].

وفى الحديث إشارات فى مشروعية الوصية نذكرها فيما يلى:

١ - جاءت رغبة سعد فى الوصية ببعض ماله فى مرضه الذى يتوقع فيه الموت بعيدا عن أهله وفى (الأرض التى هاجر منها). وقد جاء فى بعض روايات

(١) بدائع الصنائع ص٧، كتاب الوصايا/ ٣٣٠.

(٢) البخارى ج٥ كتاب الوصايا/ ٢٧٤٢.

الحديث – كما زاده الزهرى – (فى حجة الوداع من وجع أشتد بى) أو (من وجع أشفيت منه على الموت) . .

كما زادت بعض الروايات أن الرسول ﷺ دخل على سعد وهو مغلوب – يغلبه المرض – فقال : يا رسول الله . إن لى مالا، وإنى أورَث كلالة – أى بلا وارث . . أفأوصى بمالى . . الحديث) .

٢ – من روايات الحديث قول سعد للرسول ﷺ (أفأتصدق بمالى) ؟ والتعبير بقوله « أفأتصدق » يحتمل التنجيز فى الحال والتعليق على المستقبل بخلاف قوله « أفأوصى بمالى » . .

والذين ردوا تعبير « أفأتصدق » وتمسكوا به جعلوا تبرعات المريض من الثلث ولا تزيد، كما جعلوا هذه التبرعات منجزة لا مستقبلة .

٣ – يحتمل أن يكون قول الرسول ﷺ « فالثلث . . والثلث كثير » مسوقا لبيان جواز الوصية بالثلث، وأن الأولى أن ينقص عنه ولا يزيد عليه، وهو ما يتبادر إلى الفهم .

ويحتمل أن يكون لبيان أن التصدق بالثلث هو الأكمل أى كثير الأجر وقد قال الشافعى إن الكثرة أمر نسبى .

٤ – يفيد الحديث أن استغناء الورثة بمال مورثهم بعد وفاة أولى من انتقاص التركة حتى يصير هؤلاء الورثة « عالة يتكففون الناس بأيديهم » أى يسألون الناس بأكفهم .

وهذا يفيد بأنه لا يوصى إلا ذو المال الكثير، وهذا إذا تصدق بثلثه وأبقى ثلثيه لورثته فإنهم لا يصيرون عالة . .

ولو تصدق المريض بثلثى ماله مثلا، ثم امتدت حياته، وفنى ماله فقد تجحف الوصية بالورثة .

فرد الشارع الأمر إلى شيء معتدل وهو الثلث.

٥ - فى الحديث إشارة إلى جمع المال وأنه مباح مادام حلالا، كما أن فيه حثا على صلة الرحم والإحسان إلى الأقارب.

وأن صلة الأقرب أفضل من صلة الأبعد، وهذه الصلة إذا قصد بها وجه الله صارت طاعة.

وقد أشار الرسول ﷺ إلى ذلك بأقل الحظوظ الدنيوية العادية، وهو وضع اللقمة فى فم الزوجة، حيث يؤجر الزوج على ذلك إذا قصد به قصدا صحيحا.

٦ - قد يفهم من قول الرسول ﷺ فى الحديث: (إنك أن تدع ورثتك أغنياء) أن من لاوارث له تجوز له الوصية بأكثر من الثلث، لأنه لا يبالى بالوصية بما زاد لأنه لا يترك ورثة يخشى عليهم الفقر.. ولكن قد يعارض هذا الفهم أن من كان ورثته أغنياء فإنه يجوز أن يتجاوز الثلث فى وصيته دون التوقف على إجازة الورثة.. وهذا ما لم يقل به أحد من الفقهاء..

فإن التركة حق الورثة سواء أكانوا فقراء أم كانوا أغنياء ولقد جاء فى شرح مسلم للنووى أنه إذا كان الورثة فقراء فيستحب إنقاص الوصية عن الثلث، أما إذا كانوا أغنياء فلا يستحب ذلك، ولا يزيد الموصى فى وصيته عن الثلث.

وقد روى عن ابن عباس قوله: «لو غض الناس - أى أنقصوا - إلى الربع، لأن رسول الله ﷺ قال: الثلث والثلث كثير» ومما يعد داخلا فى مشروعية الوصية كذلك قوله عليه الصلاة والسلام «إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعمالكم فضعوه حيث شئتم».

وفى هذا الحديث إشارة إلى إعطاء صاحب الثروة حقا فى التصرف فى ثلثها بمحض إرادته واختياره، وكأنها صدقه من الله عليه يختم بها حياته ويبّر بها بعض من يستحقون البر من أقاربه ومن غير أقاربه.

فكانت الوصية بذلك مشروعة، وكانت بهذه المشروعية إطلاقا لحرية المالك فى التصرف بقوله «فضعوه حيث شئتم»، بشرط ألا تطغى هذه الحرية على

حقوق الورثة أو تستهدف إضرارهم كما أشرنا من قبل.. أما مشروعية الوصية من الإجماع فإن الأمة منذ عهد رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا تمارس الوصية بشروطها دون إنكار من أحد، فيكون ذلك إجماعا.

وأما مشروعيتها من المعقول (فهو أن الإنسان محتاج إلى أن يختم عمله وحياته بقربات تزيد على القربات المفروضة ليتدارك بها ما فرط فى حياته وذلك بالوصية، وهذه العقود ما شرعت إلا لحوائج العباد، فإذا مست حاجتهم إلى الوصية وجب القول بجوازها[1].

ويظهر من ذلك أن ملك الإنسان يمتد إلى ما بعد وفاته، وأن أعماله إذا انقطعت بعد هذه الوفاة، فقد تبقى من هذه الأعمال «صدقة جارية» كما أشار الحديث:

«إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»[2].

* * *

(١) بدائع الصنائع ص ٧/ ٣٣٠.
(٢) مسلم جـ٥ كتاب الوصية.

المبحث الثالث

مجالات الوصية.. وآدابها

ذكرنا في بداية هذا الفصل أن الوصية قد تكون من الله إلى عباده فتقتضى الطاعة لأنها حينئذ تكون عبادة.

وقد تكون من الناس إلى الناس فتشمل التوصية بالتقوى وحسن الخلق ورد الأمانات.. كما تشمل التوصية بتدبير المال وإعطاء بعضه إلى من يخصهم الموصى بوصيته.

وهذا النوع الأخير هو موضوع دراستنا المقصود في هذا البحث.. ولكننا نتعرض هنا لبعض الوصايا الأخرى - قبل هذا النوع - استيفاء للبحث.

● **الوصية بعمل من أعمال البر:**

فقد يحس المرء بدنو أجله، فيحاول أن يستدرك ما فاته في حياته، محاولا أن ينال بره بعد وفاته، فيوصى بعمل من أعمال الخير. ولقد كان فك الرقابة عملا يتقرب به العبد إلى ربه حين كان الرق عادة امتدت من الجاهلية إلى صدر الإسلام.

وكان من المتصور أن يوصى أحدهم بعتق عبد أو أكثر إذا حضرته الوفاة، لعل الله يغفر له من الذنوب لقاء هذا العمل.. فلقد روى أن العاص بن وائل أوصى أن يعتق عنه مائة رقبة (ولم يكن مسلما) فأعتق ابنه هشام خمسين رقبة.

وأراد ابنه عمرو أن يعتق عنه الخمسين الباقية، فقال: يا رسول الله إن أبى أوصى بعتق مائة رقبة، وأن هشاما أعتق عنه خمسين رقبة، وبقيت خمسون رقبة، أفأعتق عنه؟ فقال رسول الله ﷺ:

(لو كان – أبوك – مسلما، فأعتقتم عنه، أو تصدقتم عنه، أو حججتم عنه بلغه ذلك).. أى وصله ثواب ما وصى به وأديتموه عنه.

وإذا كان فى الحديث ما يدل على أن الكافر إذا وصى بقربة من القرب لم يلحقه ذلك لأن الكفر مانع.

فإن فيه دلالة على مشروعية الوصية بعمل من أعمال البر غير المال.

وقد قال بعض العلماء: من أوصى بإقامة لهو بعرس، فإن الوصية تنفذ إذا كان اللهو مرخصا فيه، وبآلات مرخص فى استعمالها.. ولا تنفذ إذا دخله ما لا يجوز[1].

كما ذهب الفقهاء إلى أن الوصية لجهة معصية غير جائزة، فإذا أوصى مسلم لجهة عامة، فإن الشرط فيها ألا تكون لجهة معصية[2].

ومن ثم فلا تجوز الوصية لمؤسسات تمارس اللهو غير البرىء، ولا تجوز الوصية لمعابد المجوس وعبدة النار وعبدة الأوثان، ولا لعمارة البيع والصوامع والأديرة التى يعبد فيها غير الله.

والوصية إذا كانت حقا من حقوق الموصى، فإنها يجب أن تكون فى طاعة، حيث قال رسول الله ﷺ: «لا طاعة لمخلوق فى معصية الله».

● التوصية بما يكون عليه الأمر بعده

فيوصى الإنسان – قبل وفاته – بأمور يجب اتباعها بعد وفاته، وقد تؤدى هذه الوصية دورا فى اعتدال حياة الأوصياء أو فى رضا الموصى عنهم.

فلقد روى أن الرسول ﷺ حين حضرته الوفاة طلب ممن حوله لوحا ودواة ليكتب لهم كتابا لا يضلوا بعده أبدا.

(١) البيان والتحصيل ١٣/١٣٩ – ١٤٠.
(٢) أخرجه أحمد ٥/٦٦.

ثم إنه قال لهم دون كتابة: أوصيكم بثلاث: أخرجوا المشركين من جزيرة العرب، وأجيزوا الوفد بنحو ما كنت أجيزهم... ثم سكت عن الثالثة.

وقال عمر: إن رسول الله ﷺ قد غلب عليه الوجع، وحسبنا كتاب الله.. ومن هذا القبيل ما أشاعه البعض من أنه - ﷺ - كان قد أوصى لعلى بالخلافة من بعده.

ولكن عائشة أنكرت ذلك وقالت: متى أوصى إليه وقد كنت مسندته إلى صدرى حتى مات.. فمتى أوصى إليه[1]؟!

وظاهر أن بعض الشيعة هم الذين روجوا لخبر هذه الوصية بدليل أن عليا نفسه لم يذكرها ولم يطالب بتنفيذها.

ومن ذلك أيضاً وصية عمر بن الخطاب إلى أهله وإلى الناس بعد أن طعن وقبل أن يموت.

فقد قال لابنه: انظر ما على من الدين فأده من أموال آل عمر، وإلا فسل فى مال بنى عدى بن كعب، فإن لم تف أموالهم فسل فى قريش ولا تعدهم إلى غيرهم.

وبعث إلى عائشة يستأذنها فى أن يدفن مع صاحبيه: الرسول ﷺ، وأبو بكر وقال للناس: أوصوا الخليفة من بعدى بالمهاجرين الأولين أن يعرف لهم حقهم ويحفظ لهم حرمتهم.. وأوصيه بالأنصار خيرا.

الوصية بتعهد الأولاد

فقد يخشى الوالد على مصير أولاده من بعده فيوصى بهم أقاربه أو جيرانه ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ ...وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلاً سَدِيدًا ﴾ [النساء: ٩].

---

(١) البخارى كتاب الوصية: ٢٧٤١.

ففى هذه الآية نهى لمن حضر عند الموت عن الترغيب للمحتضر بالوصية حتى يخرج إلى الإسراف المضر بالورثة.

كما أن الآية راجعة إلى ما سبقها من ذكر اليتامى وأموالهم وأوليائهم ﴿ وَآتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ... ﴾.

فذكّروا بالنظر فى مصلحتهم والعمل بما كان يرضيهم أن يعمل مع ذرياتهم الضعفاء وورثتهم[1].

ومن ذلك أيضاً أن يقول الموصى لوصيه: تعّهد ولدى، أى حافظ عليه وارع شئونه.

وقد جعل البخارى ذلك بابا من أبواب الوصية المشروعة[2]... وهذه الأنواع - فيما نرى - من الوصايا التى حث الشرع عليها وحفز المكلفين إليها حتى يشعرهم بفضيلة أن يأخذ الإنسان من شبابه لهرمه، ومن صحته لمرضه، ومن دنياه لآخرته كما يشير حديث رسول الله ﷺ.

ولعل الوصية بالمال أو ببعضه داخلة - بشكل ما - تحت ندب الوصية بالبرّ بوجه عام...

ومن هنا حرصنا على تقديم الأنواع المختلفة للوصية.

الوصية بالمنفعة:

قد يوصى الرجل لبعض الأشخاص بالانتفاع بعين من الأعيان كبيت أو أرض أو سيارة لمدة معينة.

فإذا مات الموصى له بالمنفعة قبل انقضاء مدة الانتفاع فهل تبطل الوصية بموته؟

---

(١) انظر أحكام القرآن. لابن العربى ص١ / ٣٣٠.

(٢) البخارى ج ٥ / ٤٣٧.

أم أن المنفعة تنتقل إلى ورثته حتى نهاية مدتها؟

١ - الحنفية يتجهون إلى إنتهاء مدة المنفعة بموت الموصى له، ولا تنتقل إلى ورثته بل تعود العين الموصى بمنفعتها إلى الورثة بحكم الملك.

وذلك لأن الموصى قد أوجب الحق للموصى له أن يستوفى المنفعة على حكم ملكه، فإذا انتقل هذا الحق إلى ورثة الموصى له بعد موته، فيكون كأنهم استحقوه ابتداء من ملك الموصى من غير رضاه، وذلك لا يجوز، ولأن المنفعة عرض، والعرض لا يبقى زمانين حتى يكون محلا للتوارث[١].

٢ - يرى الشافعية والمالكية والحنابلة أن موت الموصى له بالمنفعة لا يؤثر فى انتقال حق المنفعة إلى ورثته، ولا يسقط هذا الحق بموت الموصى له... ومن ثم فإذا كانت الوصية مقيدة بمدة معينة فإنها تنتقل إلى ورثة الموصى له فيما بقى من المدة.

أما إذا كانت وصية مطلقة عن الوقت أى كانت على التأبيد، فإنها تصير لورثة الموصى له كأنها تركة تنتقل بالميراث.

ويستثنى من ذلك ما إذا كانت الوصية بالمنفعة مقيدة بحياة الموصى له بأن يقول الموصى مثلا: أوصيت بمنفعة هذا الدار لفلان طيلة حياته.

ففى هذه الحالة يعتبر حق الموصى له بالمنفعة حقا شخصيا، فيسقط بوفاته، ولا ينتقل إلى ورثته[٢].

من آداب الوصية:

١ - الوصية حال الصحة لا حال المرض:

والوصية حال الصحة يدل على أن الموصى يملك إرادته ويقصد حقيقة الوصية وما يترتب عليها من نتائج.

(١) بدائع الصنائع ٦/١١٨.

(٢) نهاية المحتاج/ ٨٣، الأشباه والنظائر/ ٣٢٦.

بعكس الوصية حال المرض، فإن الظاهر في إملائها على الموصي هو حالته المرضية التي لا تنضبط معها التصرفات غالبا.

وقد سئل رسول الله ﷺ: أي الصدقة أفضل؟ قال: أن تصدق وأنت صحيح حريص، تأمل الغنى وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت: لفلان كذا ولفلان كذا، وقد كان لفلان»[1].

والحديث يدل على أن تنجيز وفاء الدين والتصدق في حال الصحة أفضل منه حال المرض.

لأنه في حال الصحة يصعب عليه إخراج المال غالباً لما يخوفه به الشيطان ويزين له من إمكان طول العمر والحاجة إلى المال.

فكأنه في حال الصحة يقاوم نفسه، ويحرمها - بالوصية أو الصدقة - من تعلقها الشديد بالمال.

ولقد بين القرآن أن الشيطان يخوف الإنسان دائماً من الفقر، حيث يقول تعالى ﴿الشَّيْطَانُ يَعِدُكُمُ الْفَقْرَ وَيَأْمُرُكُم بِالْفَحْشَاءِ﴾ [البقرة: ٢٦٨].

فإذا تغلب الإنسان على خوفه من الفقر فقد تغلب على شيطانه. وفي هذا المعنى أيضاً يقول الله تعالى: ﴿وَأَنفِقُوا مِن مَّا رَزَقْنَاكُم مِّن قَبْلِ أَن يَأْتِيَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ فَيَقُولَ رَبِّ لَوْلَا أَخَّرْتَنِي إِلَىٰ أَجَلٍ قَرِيبٍ فَأَصَّدَّقَ وَأَكُن مِّنَ الصَّالِحِينَ﴾ [المنافقون: ١٠].

وأما الذى يوصى أو يتصدق حال مرضه عند موته، فقد شبهه الرسول ﷺ - فيما أخرجه الترمذى بإسناد حسن - بالذى يُهدي إذا شبع.

ولقد قال بعض السلف عن بعض المترفين أنهم يعصون الله فى أموالهم مرتين: يبخلون بها وهى فى أيديهم فى الحياة، ويسرفون فيها إذا خرجت من أيديهم وقد اقتربوا من الموت.

---

(١) البخارى ج٥ كتاب الوصايا/ حديث ٢٧٤٨.

كما روى عن رسول الله ﷺ قوله: «لأن يتصدق الرجل فى حياته وصحته بدرهم، خير له من أن يتصدق عند موته بمائة».

ولما كانت الوصية تشبه الهبة فى بعض صورها، فإن للفقهاء تفصيلات فى هبة المريض مرض الموت نعرضها على النحو التالى: فقد فرقوا بين ما إذا كان الموهوب له أجنبيا عنه، أو كان وارثاً له:

فإن كان الموهوب له أجنبياً عن المريض.

ولم يكن لهذا المريض وارث فإن الحنفية يقولون بصحة الهبة ونفاذها، ولو استغرقت كل ماله، ولا تتوقف على إجازة أحد(١).

وقال الشافعية والمالكية: تبطل الهبة فيما زاد على ثلث مال المريض، لأن ماله ميراث للمسلمين، ولا مجيز له منهم فبطلت(٢).

وهذه النظرة إلى المال تجعله مملوكا ملكية عامة للمجتمع الإسلامى، ولا تسمح لمالكه الأصلى بالتصرف فيه إلا بعد استئذان هذا المجتمع، وهى نظرة لها وجاهتها ولها منطقها.

لكن إذا كان للمريض ورثة فقد اتفق الفقهاء جميعا على نفاذ هبة المريض إن كانت فى حدود الثلث، فإذا زادت على الثلث، فإن الجزء الزائد منها يتوقف على إجازة هؤلاء الورثة(٣).

وقد استدل الفقهاء على اعتبار هبة المريض للأجنبى من ثلث ماله كالوصية بالحديث المروى عن سعد بن أبى وقاص، والذى عرضناه فيما سبق.

وهذا الحديث جعل الرسول ﷺ صدقة الإنسان فى مرضه من الثلث كوصاياه من الثلث بعد موته.

---

(١) المبسوط ١٢/ ١٣٠.

(٢) الأم للشافعى ٤/ ١٣٠، المهذب ١/ ٤٥٧.

(٣) مغنى المحتاج ٣/ ٤٧، المغنى ٦/ ٢٨٦.

أما إذا كان الموهوب له وارثا:

فإن كان للمريض الواهب وارث غيره، فإن الهبة تتوقف على إجازة باقى الورثة سواء أكان الموهوب أقل من الثلث أم أكثر منه - كما فى الوصية لوارث - فإن أجازها الورثة نفذت، وإن ردوها بطلت.

أما إذا لم يكن للمريض الواهب وارث غير هذا الموهوب له فإن الحنفية يرون أن هذه الهبة صحيحة نافذة، ولا تتوقف على إجازة أحد، سواء أكان الموهوب أقل من الثلث أم أكثر منه.

٢ - عدم تعمد الإضرار بالورثة:

مما تجدر ملاحظته أن بعض الذين يلجئون إلى الوصية يتعمدون الإضرار بورثتهم بإنقاص نصيبهم من التركة بوسيلة الوصية.

والوصية - فى هذه الحالة - لا تكون خالصة لوجه الله، ولا تدخل فى أبواب الطاعة التى شرعت من أجلها الوصية.

فقد قال رسول الله ﷺ فيما يرويه أبو هريرة: «إن الرجل ليعمل - أو المرأة - بطاعة الله ستين سنة، ثم يحضرهما الموت، فيضاران فى الوصية، فتجب لهما النار».

ثم قرأ أبو هريرة: «من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله» وفى رواية ابن ماجه «.. فإذا أوصى حاف - أى جار - فى وصيته فيختم له بشرّ عمله فيدخل النار، وإن الرجل ليعمل بعمل أهل الشر سبعين سنة، فيعدل فى وصيته فيدخل الجنة».

وفى هذا وعيد شديد، لأن مجرد المضارة فى الوصية إذا كانت من موجبات النار بعد العبادة الطويلة فى السنين المتعددة فلا شك أنها من أشد الذنوب.

وقد قيد الله ما شرعه من الوصية بعدم الضرار بقوله «غير مضار» وما كان كذلك فهو معصية، وقد روى عن ابن عباس أن وصية الضرار من الكبائر[١].

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى، كتاب الوصايا ج٧/ ١٦٩.

ومن الإضرار فى الوصية أن يخص بعض الورثة بزيادة على فرضه الذى فرضه الله بغرض التأثير فى أنصبة بقية الورثة فيتضررون بهذا التخصيص.

ولهذا قال النبى ﷺ: «إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث».

ومع ذلك فليس الإجماع منعقدا على إبطال الوصية للوارث، فقد يكون لها هدف غير الإضرار ببقية الورثة.

ومن صور الإضرار أيضاً أن يوصى لأجنبى بزيادة على الثلث لينتقص بذلك حقوق الورثة.

ولهذا قال النبى ﷺ: «الثلث والثلث كثير»، وأجازت الشريعة للورثة أن يردوا الوصية فيما زاد على الثلث.

فإذا أوصى شخص لوارث أو لأجنبى بزيادة على الثلث لم ينفذ ما أوصى به إلا بإجازة الورثة.

ومما يتعلق بالإضرار بالورثة أو ببعضهم ما يسمى بالمحاباة فى الوصية والمحاباة فى اللغة: مصدر حابى، بمعنى أختصه ومال إليه ونصره. ولا يخرج المعنى الاصطلاحى عن المعنى اللغوى، فهو فى الاصطلاح: النقصان عن قيمة المثل فى الوصية بالبيع، والزيادة على قيمته فى الشراء[1] والمحاباة فى الوصية تعنى أن يخص الموصى بعض جهات البر بوصيته إضافة إلى وصيته لبعض الناس – سواء أكانوا أقارب أم غير أقارب – ببعض ماله فى حدود الثلث.

ولقد ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن المحاباة – بهذه الصورة – تأخذ حكم الوصية، فلا تقدم على غيرها من الوصايا[2].

---

(١) حاشية ابن عابدين ٦/ ٦٦٨.

(٢) الشرح الكبير ٤/ ٣٩٢، المهذب ١/ ٤٥٣، المغنى ٦/ ٧٣.

ويرى الحنفية تقديم المحاباة فى مرض الموت على سائر الوصايا، سواء أكانت الوصايا للعباد أم بالطاعات والتقرب إلى الله كبناء المساجد والمستشفيات وغيرها.

حيث يبدأ - عند الحنفية - بتنفيذ هذه المحاباة بعد موت المحابى، ثم يتقاسم أهل الوصايا فيما بقى من الثلث على قدر وصاياهم، ووجهة نظرهم تعتمد على أن المحاباة تستحق بعقد ضمان وهو البيع، أما الوصية فإنها تبرع.

فكانت المحاباة - لتعلقها بعقد - أقوى وأولى من الوصية التى هى تبرع.

وقد قالوا: لو قال شخص: أوصيت لفلان بمائة، ولفلان بثلث مالى فإن الوصية بالمائة المرسلة تقدم على الوصية بثلث المال، لأن الأولى عقد لازم بخلاف الوصية[1].

وقد تقع صورة المحاباة بتفضيل الوالد بعض أولاده بهبته رغم اتفاق الفقهاء على وجوب التسوية بين الأولاد فى العطايا والهبات دون محاباة، وذلك لما روى النعمان بن بشير أن أباه أتى به رسول الله ﷺ فقال: إنى نحلت - أى أعطيت - ابنى هذا كذا من المال، فقال رسول الله: أكل ولدك نحلته مثل هذا؟ فقال: لا، فقال: فلا تشهدنى إذن فإنى لا أشهد على جور.. اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم»[2]. ولا يكره ذلك التفضيل - فى المذاهب الأربعة - إذا كانت هناك حاجة تدعو إليه.

كأن يكون أحد الأولاد مريضاً أو فقيراً أو مشتغلاً بالعلم وقد يحرم الوالد أحد أولاده هذه الهبة لعقوقه أو فسقه أو سوء أخلاقه بوجه عام..

ولكن إذا حرمه من هذه الهبة فإنه لا يحرمه من الميراث الذى هو حق الله.

ولقد ذهب الحنفية والمالكية والشافعية إلى أنه إذا وجد مبررا للتفريق بين الأولاد فى الهبة - كما فى الحالة التى ذكرناها - فإن التسوية غير واجبة، ويجوز التفاضل بينهم قضاء، لأن الوالد يتصرف فى خالص ملكه، ولا حق لأحد فيه إلا أن يكون آثما متعمداً الإضرار ببعض أولاده دون داع.

(١) جامع الفصولين ٢/ ٢٦٠.   (٢) أخرجه مسلم ٣/ ١٢٤٢.

وكيفية التسوية المطلوبة – عند الحنفية والشافعية – أن يعطى الأنثى مثل ما يعطى الذكر، وعند المالكية والحنابلة: التسوية أن يقسم بين أولاده على حسب قسمة الميراث «للذكر مثل حظ الأنثيين»[1].

على أن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية لا يقولون بوجوب التسوية بين الأولاد فى العطاء، بل باستحبابها.

فإن أبا بكر – رضى الله عنه – فضّل عائشة على غيرها من أولاده فى إحدى الهبات.

وفضّل عمر – رضى الله عنه – ابنه عاصماً بشىء من العطية على غيره من أولاده.

ولقد ذكرنا أن النعمان بن بشير أراد أن يستشهد الرسول ﷺ على هبة وهبها أحد أولاده دون سائرهم، فقال له الرسول ﷺ «أشهد على هذا غيرى».

وهذه العبارة تدل على الجواز.

بينما ذهب الحنابلة وأبو يوسف – من الحنفية – ورواية عن مالك إلى القول بوجوب التسوية بين الأولاد فى الهبة، بحيث يأثم الوالد إذا خص بعضهم بعطية دون البعض الآخر.

واستندوا – أيضاً – فى ذلك إلى حديث النعمان بن بشير، حيث جاء فى إحدى رواياته: «لا تشهدنى على جور.. إن لبنيك من الحق أن تعدل بينهم».

وقد روى عن الرسول ﷺ قال: «سوّوا بين أولادكم فى العطية، ولو كنت مؤثراً أحداً لآثرت النساء على الرجال»[2].

كما عرضنا اختلاف الفقهاء فى معنى التسوية بين الذكر والأنثى من الأولاد.

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ١٢٧، المغنى ٥/ ٦٦٤ – ٦٦٧.

(٢) مجمع الزوائد ٤/ ١٥٣.

فذهب جمهور الفقهاء إلى أن معنى التسوية بين الذكر والأنثى من الأولاد: العدل بينهم فى العطية دون تفضيل، لأن الأحاديث الواردة فى ذلك لم تفرق بين الذكر والأنثى.

وذهب الحنابلة ومحمد بن الحسن - من الحنفية - وبعض الشافعية إلى أن المشروع فى عطية الأولاد القسمة بينهم على قدر ميراثهم. أى أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين كما قال ربنا سبحانه. وقد وقف الإمام أحمد موقفاً وسطاً حيث قال: إن كان على طريق الأثرة - أى التفريق بين الأولاد - فإنى أكرهه[١].

أما إن كان على أن بعضهم ذو عيال وبه حاجة يعنى فلا بأس به.

ولو خص المشتغلين بالعلم من أولاده بوقفه تحريضاً لهم على طلب العلم، أو ذا الدين دون الفساق، أو المريض أو من له فضل من أجل فضيلته فلا بأس.

٣ - البدء فى الوصية للأقارب

فإن الوصية تنفذ من التركة، وإن الأقارب إذا لم يكن لهم حق فى التركة بطريق الميراث الشرعى، فقد يتدارك الموصى حرمانهم بالوصية إليهم فتتقارب مشاعر الأقارب الموصى لهم بالأقارب الذين حازوا أنصبتهم فى التركة بالميراث.

فالأقربون أولى بالمعروف حتى فى الدعوة إلى الدين حيث يقول تعالى: ﴿ وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ ﴾.

ولقد قال النبى ﷺ لأبى طلحة حين أراد أن يترك وصيته: «أرى أن تجعلها فى الأقربين»، فقال أبو طلحة: أفعل يا رسول الله، فقسمها فى أقاربه وبنى عمه[٢].

وفى تعريف الأقارب يقول أبو حنيفة: القرابة كل ذى رحم محرم من قبل الأب أو الأم، ولكن يبدأ بقرابة الأب قبل الأم.

وقال الشافعية: القريب من اجتمع فى النسب سواء أقرب أم بعد مسلماً

---

(١) المغنى ٥/ ٦١٩.
(٢) البخارى ج٥ كتاب الوصايا/ ٢٧٥٢.

كان أو كافراً، غنياً كان أو فقيراً، ذكراً أكان أو أنثى وفى رواية عن الشافعى أن القرابة كل من جمعه والموصى الأب الرابع إلى ما هو أسفل منه.

وقال مالك: يختص بالعصبة سواء أكان يرثه أم لا، ويبدأ بفقرائهم حتى يغنوا، ثم يعطى الأغنياء.

لكن ليس هناك تخصيص للقرابة بالعصبة - أى من جهة الرجال فقط - فإن أبا هريرة يروى أنه لما نزل قوله تعالى: ﴿ وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ ﴾ أخذ الرسول ﷺ ينادى أقاربه بقوله: يا معشر قريش اشتروا أنفسكم، لا أغنى عنكم من الله شيئاً».

حتى قال: يا صفية عمة رسول الله.. لا أغنى عنك من الله شيئاً، يا فاطمة بنت محمد.. سلينى ما شئت من مالى لا أغنى عنك من الله شيئاً.

وهذا يوحى بأن الرسول ﷺ قد سوى فى القرابة بين عشيرته، فذكر عمه العباس وعمته صفية وابنته فاطمة.. فدل هذا على دخول النساء فى الأقارب، وعلى عدم التخصيص بمن يرث، ولا بمن كان مسلماً.

وقد ورد فهم آخر لقوله تعالى: ﴿ وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ ﴾ بمعنى قومه بصفة عامة.

وعلى هذا يكون الرسول ﷺ قد أمر بإنذار قومه عامة، فلا يختص بذلك الأقرب منهم دون الأبعد.

ولا حجة فى ذلك فى مسألة الوصية أو الوقف، لأن صورتهما ما إذا أوصى أو وقف على قرابته أو على أقرب الناس إليه والآية تتعلق بإنذار العشيرة فلا مجال لربطها بالوصية أو الوقف.

أحكام الأهل فى الوقف والوصية:

يدخل فى كلمة «الأهل» عند الحنفية والدا الإنسان ووالد والده وإن علوا، كما يدخل ولده وولد ولده وإن سفلوا..

فلو قال الرجل: وقفت هذه الأرض - مثلاً - على أهل بيتى، فإن غلة هذه الأرض تكون لهؤلاء المذكورين يستوى فيهم الغنى والفقير. ولو أوصى «لأهل» فلان، فإن الوصية تكون لزوجة فلان هذا فى قول أبى حنيفة.

وتكون فى جميع من تلزمه نفقتهم من زوجة وولد صغير لا يقدر على أن يعول نفسه عند الصاحبين. ووجه قول الصاحبين أن الأهل عبارة عمن ينفق عليه.

قال تعالى مخبراً عن نوح ﴿ إِنَّ ابْنِي مِنْ أَهْلِي ﴾ [هود: ٤٥]، وقال فى قصة لوط ﴿ فَنَجَّيْنَاهُ وَأَهْلَهُ ﴾ [الشعراء: ١٧٠].

أما أبو حنيفة فهو يرى أن الأهل عند الإطلاق يراد به الزوجة فى عرف الناس.

وقال المالكية: إذا قال الرجل: أوصيت لأهلى بكذا، اختص بالوصية أقاربه لأمه، لأنهم غير ورثة للموصى، ولا يدخل أقاربه لأبيه حيث كانوا يرثونه.

وهذا الاتجاه يعتمد على قول الرسول ﷺ: «لا وصية لوارث».

أما إذا كان للموصى أقارب لأبيه ولكنهم لا يرثونه، فإن الوصية تخصهم دون أقاربه لأمه.

وقال بعض المالكية: إن أقارب الأم يدخلون مع أقارب الأب فى هذه الوصية[١].

وقال الحنابلة: لو أوصى الرجل لأهله خرج الوارثون منهم، إذ لا وصية لوارث، ولا يدخل فى الوصية إلا من لا يرث فعلا[٢].

* * *

(١) الشرح الكبير ٤/ ٩٣، ٩٤.
(٢) كشاف القناع ٤/ ٢٤٢.

المبحث الرابع

الحكم التكليفى للوصية

الحكم الذى نقصده هنا هو الحكم الشرعى، وهو غير الحكم العقلى والعادى والاجتماعى . . . وغيرها من الأحكام.

والحكم الشرعى – عند جمهور الأصوليين – هو (خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييراً أو وضعاً).

وهو – عند الفقهاء – (أثر خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييراً أو وضعاً).

وإذن فإن الفرق فى تعريف الحكم الشرعى بين الأصوليين والفقهاء أنه عند الأصوليين هو نص الخطاب نفسه كما فى قوله تعالى: ﴿ .... **وَأَقِيمُوا الصَّلاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ** ﴾.

أما عند الفقهاء فإنه الأثر المترتب على هذا الخطاب، وهو فى هذه الآية وجوب إقامة الصلاة، ووجوب إيتاء الزكاة. والحكم التكليفى جزء من الحكم الشرعى بوجه عام، ويظهر كما هو واضح من تسميته أنه يقتضى تكليفاً يوجه إلى العباد المكلفين.

ومن ثم فقد قسمه جمهور الفقهاء والأصوليين إلى خمسة أقسام هى: الفرض – الندب والإباحة – الحرمة – الكراهة. وقد أضاف الحنفية إلى هذه الأقسام قسمين آخرين هما:

الوجوب: وهو قسم يقع بين الفرض والمندوب بحسب ظنية الدليل أو قطعيته.

الكراهة التحريمية: وهو قسم يقع بين الحرمة والكراهة التنزيهية. وإذن فإن

الفرض غير الواجب عند الحنفية، وأما الجمهور فإنه لا فرق عندهم بين الفرض والواجب والذى يعنينا هنا هو بيان موقع الوصية من هذه الأقسام التكليفية.

جواز الوصية: تأتى الوصية على غير القياس الأصولى، لأن هذا القياس يقضى بأنه الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت..

والإنسان إذا مات زال ملكه وعجز عن تمليك غيره من باب أولى، وإذن فإن الوصية على هذا الاعتبار غير جائزة.

ولكنها تجوز استحساناً لا قياساً(١)، والقياس يترك بالكتاب والسنة، وقد وجدنا فيهما حثاً على الوصية بنصوص عرضناها فى الصفحات السابقة. ومع ذلك فإننا نستطيع أن نقول أن القياس يقتضى جواز الوصية، ذلك لأن الإنسان يحتاج إلى أن يكون ختام عمله فى الحياة تقرباً إلى الله، أو تداركاً لما فاته فى حياته.

وما شرعت الوصية إلا لمثل ذلك، وتحقيقاً لمصالح العباد: يستفيد بها الأحياء، وتوضع فى ميزان أعمال الأموات.

وإذا قلنا بذلك فإننا نقول بأن ملك الإنسان لا يزول بموته دائماً، بل يبقى شىء من آثار ملكه فى حياته ليمتد إلى آثار عمله بعد وفاته.

وقد قال رسول الله ﷺ: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له».

وبناء على هذا التصور فإن الوصية جائزة على أى المعايير وإنها - كما قال الرسول ﷺ - «صدقة تصدق الله بها عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعمالكم.. فضعوه حيث شئتم».

فإذا انتهينا إلى القول بجواز الوصية استحساناً على أرجح الاتجاهات وقياساً أيضاً على اعتبار أن القياس يقضى بتدارك الإنسان لبعض ما فاته من خير، وعلى أنه إذا انقطع عمله بعد وفاته، فإن بعض هذا العمل يمتد ويبقى بعد هذه الوفاة.

(١) انظر بدائع الصنائع ص٦ - كتاب الوصايا/ ٣٣٠.

فما حقيقة هذا الجواز : هل يكون مباحاً أو مندوباً أو يرقى إلى منزلة الوجوب؟

ينفى الحنابلة القول بوجوب الوصية فى حدود الثلث من المال للفقراء أو ذوى القربى أو غيرهم.

ولكنهم يجعلونها واجبة فيمن كان عليه دين، فيوصى بأداء الدين من ماله، أو من كانت عنده وديعة فهو يوصى بأدائها إلى أهلها، أو من كان عليه واجب لم تسعفه حياته فى القيام به، فهو يوصى أهله بالقيام به عنه.

أما الوصية بجزء من المال فليست واجبة على أحد فى قول الجمهور[1].
ولم ينقل عن أكثر الصحابة أثر بوجوب الوصية، ولقد توفى بعضهم دون أن يوصى فلم ينكر عليه أحد منهم.

ولو كانت الوصية واجبة لنقل ذلك عنهم نقلاً ظاهراً ولم يثبت ذلك.

ولأن هذه الوصية عطية غير واجبة فى الحياة، فإنها غير واجبة بعد الموت.

وأما الآية التى توحى بوجوبها وهى قوله تعالى : ﴿ **كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ** ﴾ وهذا الإيحاء مفهوم من قوله ﴿ **كُتِبَ** ﴾ أى فرض. فقد قال ابن عباس بنسخها بقوله تعالى : ﴿ **لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا** ﴾ [النساء : ٧].

ومعنى ذلك أن وجوب الوصية فى الآية الكريمة منسوخ بالأنصبة المقررة للورثة فى الآية الأخرى.

ولقد قال ابن عمر عن آية الوصية المذكورة : نسختها آية الميراث. كما ذهب الشافعى وطائفة ممن يرى نسخ القرآن بالسنة إلى أنها نسخت بقول النبى ﷺ : «إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث».

(١) انظر المغنى لابن قدامة ص٢ كتاب الوصية / ١ وما بعدها.

ولكن إذا قيل بنسخ الوجوب، فقد بقى القول بالاستحباب فى الوصية بجزء من المال لمن ترك خيراً، ويعطى - بوجه خاص - للأقارب الذين لم ينالوا شيئاً من التركة عن طريق الميراث.

كما يستأنس - على عدم وجوب الوصية - بما روى أن رسول الله ﷺ لم يوص بجزء من ماله، فسأل سائل: كيف كتب على الناس الوصية أو أمروا بالوصية؟! قيل: أوصى بكتاب الله[1].

ولعله يعنى قول الرسول ﷺ: «تركت فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا من بعدى أبدا: كتاب الله وسنتى».

وقد استدل لعدم الوجوب من حيث المعنى بأنه لو لم يوص لقسم جميع ماله بين ورثته بالإجماع، فلو كانت الوصية واجبة لأخرج من ماله سهماً ينوب عن الوصية.

وقد ذهب القائلون بعدم وجوب الوصية مذهباً فى فهم الحديث القائل: «ما حق امرىء مسلم له شىء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»، وظاهره يفيد وجوب الوصية فتأولوه بأن قالوا أن المراد به الحزم والاحتياط، لأنه قد يفجؤه الموت وهو على غير وصية، ولا ينبغى للمؤمن أن يغفل عن ذكر الموت والاستعداد له.

وعلى هذا التقدير فلا حجة فى هذا الحديث لمن قال بوجوب الوصية، بل أن هذا (الحق) الوارد فى الحديث قد اقترن بما يدل على الندب، حيث فوض الوصية إلى إرادة الموصى بقوله: «له شىء (يريد) أن يوصى فيه».

ولو كانت الوصية واجبة لما علقها بإرادته. كما كان قوله تعالى: ﴿...الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾.

فكلمة ﴿حَقًّا﴾ تعنى ثابتاً ثبوت نظر وتحصين لا ثبوت فرض ووجوب

(١) البخارى ج٥، كتاب الوصايا، حديث ٢٧٤٠.

بدليل قوله تعالى بعدها ﴿عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ وهذا يدل على القول بندب الوصية لا بوجوبها (لأنه لو كان فرضاً لكان على جميع المسلمين، فلما خص الله من يتقى دل على أنه غير لازم إلا فيما يتوقع تلفه إن مات، فيلزمه فرضاً المبادرة بكتبه والوصية به، لأنه إن سكت عنه كان تضييعاً له وتقصيراً منه »[١].

وقد قيل لابن عمر فى مرض موته: «ألا توصى؟ قال: أما مالى فالله يعلم ما كنت أصنع فيه، وأما رباعى فلا أحب أن يشارك ولدى فيه أحد» وهذا أوضح فى عدم وجوب الوصية، بل فى عدم استحبابها، لأن ابن عمر يجب أن يترك ورثته أغنياء، ولا يحب أن يشاركهم فى ماله أحد.

القول بوجوب الوصية:

يبدو من حجج القائلين بوجوب الوصية اتجاههم إلى وجوبها بوجه عام لا فى المال خاصة.

ومن أظهر القائلين بوجوبها أو بفرضيتها (ابن حزم)، فقد صدر كلامه فى (كتاب الوصايا) بقوله: (الوصية فرض على كل من ترك مالاً)[٢] وهو يستشهد على هذا الوجوب بما مر من حديث الرسول ﷺ: «ما حق امرىء مسلم له شىء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة».

وظاهر الحديث - كما أشرنا - يفيد بوجوب الوصية، وابن حزم - كما هو معلوم - يمثل الاتجاه الظاهرى.

ولكن هذا الحديث يتكلم عن الوصية بوجه عام لا عن الوصية بالمال أو ببعضه.

ومن أجل ذلك فقد اختلف القائلون بوجوب الوصية، فأكثرهم ذهب إلى وجوبها فى الجملة، وبعضهم أوجبها فى القرابة الذين لا يرثون خاصة، وقالوا: إن أوصى لغير قرابته لم تنفذ، ويرد الثلث كل إلى قرابته.

(١) القرطبى ص١ / ٦٤٤.
(٢) انظر كتاب (المحلى) ص٩، كتاب الوصايا / ٣١٢.

وقيل كذلك: إن المراد بوجوب الوصية فى الآية: ﴿ .... **الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾. وفى الحديث «ما حق امرىء... إلخ». يختص الوجوب بمن عليه حق شرعى يخشى أن يضيع على صاحبه إن لم يوص به كوديعة ودين لله أو لآدمى.

ويفهم من ذلك أن الوصية غير واجبة لعينها، وأن الواجب لعينه الخروج من الحقوق الواجبة للغير سواء أكانت بتنجيز أم بوصية أما وجوب الوصية فإنه إنما يكون فيما إذا كان المرء عاجزاً عن تنجيز ما عليه، وكان لم يعلم بذلك غيره ممن يثبت الحق بشهادته، فأما إذا كان قادراً أو علم بها غيره فلا وجوب[1].

كما يستدل ابن حزم على وجوب الوصية بقول الرسول ﷺ: «إنا معاشر الأنبياء لا نورث... ما تركناه صدقة».

فهو يعلق على ذلك بقوله: وهذه وصية صحيحة بلاشك، لأنه أوصى بصدقه كل ما يترك إذا مات.

ومعنى ذلك أن ابن حزم يستدل بقول الرسول ﷺ هذا بوجوب الوصية فى المال كله...

وهذا استدلال غير جائز، فإن الوصية هنا خاصة برسول الله ﷺ، وهو ينفى فيها وراثة ماله بقواعد الميراث الشرعية فى الوقت الذى تفرض فيه آيات المواريث حقوق الورثة فى مال مورثيهم ﴿ **لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا** ﴾. وينتهى ابن حزم فى القول بفرضية الوصية بأن المرء إذا مات قبل أن يوصى فقد قصر، وعلى أهله أن يتداركوا هذا التقصير بالتصدق عنه بما تيسر.

وقد استشهد بما روى عن عائشة أن رجلاً قال للنبى ﷺ: إن أمى افتلتت نفسها (أى ماتت فجاة)، وأنها لو تكلمت تصدقت. أفأتصدق عنها يا رسول الله؟

(١) فتح البارى شرح صحيح البخارى ج٥، كتاب الوصايا / ٤٢٣.

فقال رسول الله ﷺ: «نعم فتصدق عنها» ويرى أن هذا إيجاب الصدقة عمن لم يوص، وأمره ﷺ فرض.

ولأن التصدق عمن لم يوص يعد تكفيراً عن تقصيره، فإن التكفير لا يكون إلا فى ذنب، وترك الوصية يحتاج فاعله إلى أن يكفر عنه(١).

وإذا ذهب ابن حزم إلى وجوب الوصية بوجه عام، فإنه يذهب إلى فرضية الوصيـة بوجـه خـاص للقـرابة الذين لا يرثون من التـركـة. والأقـربون هم من يجتمعون مع الميت فى الأب الذى به يعرف إذا نسب، ومن جهة أمه كذلك هو من يجتمع مع أمه فى الأب الذى يعرف بالنسبة إليه.

برهان ذلك قوله تعالى: ﴿ **الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ * فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ** ﴾ [البقرة: ١٨١].

وهذا – فى نظره – فرض خرج منـه الوالدان والأقـربون الوارثون، وبقى من لا يرث منهم على هذا الفرض.

وما دام هذا حقاً لهم، فقد وجب لهم من ماله جزء مفروض إخراجه، فقد روى عن قتادة فى قوله تعالى: «إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين» أنه نسخ من هذه الآية الوالدان وبقى الأقارب مما لا يرثون»(٢).

وحاصل ذلك:

يتلخص القول فى الحكم التكليفى للوصية فى قول الجمهور بأن الوصية غير واجبة لعينها، وأن الواجب لعينه الخروج من الواجبة للغير سواء أكانت بتنجيز أم بوصية.

ومن مجموع الأقوال فى هذه الجزئية يتبين أن الوصية قد تكون واجبة فيما أوصى به المرء من ديون أو ودائع أو واجبات عليه.

---

(١) انظر المحلى لابن حزم (السابق) ٣١٣. (٢) المرجع نفسه.

وقد تكون مندوبة فيمن رجا منها كثرة الأجر بالتوصية لجهات البر وللأقربين إذا كان قد « ترك خيراً » أى مالاً كثيراً. وقد تكون مكروهة أو محرمة إذا قصد بها إضرار الورثة، حيث ثبت عن ابن عباس (الإضرار فى الوصية من الكبائر).

وقد تكون مباحة فيمن استوى الأمران عنده: الرجاء فى الأجر، والمحافظة على حقوق الآخرين.

والقول بإباحتها أوجوازها – فيما نرى – أرجح من القول بوجوبها أو مندوبيتها.

إذ الأمر فى التصرف فى التركة تنظمه آيات الميراث، والميراث فى الشرع هو (علم الفرائض) الذى سمى القرآن قواعده (حدود الله) « تلك حدود الله فلا تعتدوها » فإذا أراد المورث أن يضيف تصرفاً فى هذه التركة إلى ما بعد الوفاة فإنه لا يزيد عن كونه من قبيل (المباح).

القول باستحباب الوصية:

حكى ابن عبدالبر[1] الإجماع على استحباب الوصية وعدم وجوبها فقال: (وأجمعوا أن الوصية ليست بواجبة إلا على من كانت عليه حقوق بغير بينة) والقول باستحباب الوصية وعدم إيجابها تدخل عليه الملاحظات التالية:

١ – ذهب ابن عباس وعلى وعائشة إلى عدم استحباب الوصية فى المال القليل، وقد قال ابن عباس فيمن ترك ثمانمائة درهم: هذا قليل لا تستحب فيه الوصية.

وقد نهى على من لم يترك إلا من السبعمائة إلى التسعمائة عن الوصية. كما قالت عائشة فيمن ترك أربعمائة دينار: فى هذا فضل[2] عن ولده وهذه الأقوال تفسر كلمة « خيراً » فى قوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ

(١) ابو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر القرطبى (٣٦٢ – ٤٦٠هـ).
(٢) المحلى ص٩ / ٣١٢.

﴿الْمَوْتُ إن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ﴾. ومعنى (الخير) بناء على هذه الآراء هو المال الكثير لا المال القليل.

٢ – القول بنفى وجوب الوصية ليس على إطلاق، فقد قال بوجوبها لمن لا يرث من الأقربين عدد من الفقهاء، واحتجوا بالآية السابقة، ولم يذهبوا إلى نسخها.

ومن أشهر القائلين بوجوب الوصية ابن حزم كما ذكرنا فى الصفحات السابقة، محتجاً بما قاله ابن عمر: (ما مرت عليّ ليلة منذ سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما حق امرىء مسلم له شىء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصية مكتوبة».. إلا وعندى وصيتى.

٣ – جمهور الفقهاء على عدم وجود الوصية[1].

٤ – يختلف الحكم التكليفى للوصية باختلاف الموصى له وحجم التركة التى خلفها المتوفى، وحالة الورثة من بعده.. وهكذا.. فهى تتراوح بين الإباحة والاختيار والندب والوجوب.

* * *

(١) الاختيار ص٤ /١٢٧، مواهب الجليل ص٦١/ ٣٦٤، المغنى ص ٦/ ٥٥.



الفصل الثانى

تمهيد

معنى الركن

الركن فى الاصطلاح:

ركن الشىء فى الاصطلاح هو مالا وجود لذلك الشىء إلا به وهو الجزء الذاتى الذى تتركب الماهية منه ومن غيره بحيث يتوقف تقومها عليه.

وهناك اتجاهان فى تحديد الركن فى العقود – ومنها الوصية – نبينهما على النحو التالى:

الاتجاه ا لأول:

وهذا الاتجاه يمثله جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة حيث يذهبون إلى أن لكل عقد ثلاثة أركان هى:

الصيغة والعاقدان والمعقود عليه

وهذه الثلاثة تنقسم بدورها إلى ستة:

فالصيغة مثلا تتكون من الإيجاب والقبول، والعاقدان – فى عقد البيع مثلا هما البائع والمشترى، والمعقود عليه هو الشىء المبيع والثمن الذى يقابل هذا المبيع[١].

الاتجاه الثانى:

ويمثله الحنفية الذين يذهبون إلى أن لكل عقد ركنا واحدا هو الصيغة المكونة من الإيجاب والقبول معاً[٢].

---

(١) حاشية الدسوقى ٣/٢، مغنى المحتاج ٢/١١٧، كشاف القناع ٣/ ١٤٦.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/ ٥، بدائع الصنائع ٥/ ١٣٣.

أما العاقدان ومحل العقد فليسا – عندهم – من أجزاء العقد الرئيسية، وإنما هما من لوازم الإيجاب والقبول.

لأنه يلزم من وجوب الإيجاب والقبول وجود موجب وقابل كما أن وجود الموجب والقابل مرتبطين يستلزم وجود محل يظهر فيه أثر هذا الارتباط.

ومهما يكن من أمر فإن هذه الأشياء الثلاثة (الصيغة والعاقدين والمعقود عليه) ضرورية لتكوين العقد بالإجماع سواء أكانت ركنا أم كانت شروطاً لهذا الركن.

فإن الشرط هو ما يتوقف وجود الشيء على تحقيقه دون أن يكون جزءاً منه.

ومع ذلك فإن القدر المتفق عليه في العقود أن ترك الركن فيها بوجوب بطلانها، وذلك لانعدام الأمور التي لابد منها ليتحقق العقد في الخارج.

فمن ترك الإيجاب أو القبول في جميع صورهما في أي عقد من العقود فعقده باطل، وذلك كمن يبيع أو يشتري من غير إيجاب أو قبول ولم يقع على سبيل التعاطي فيكون بيعه باطلا.. وحيث نرى أن الاختلاف بين الحنفية والجمهور في تصور الركن تصور شكلي لا واقعي..

فإن هذا الاختلاف يقتضينا الكلام عن الأشياء الآتية:

الصيغة – الموصي – الموصى له – الموصى به.

* * *

المبحث الأول

الصيغة[1]

تعريف الصيغة :

لم يحدد الفقهاء قديماً تعريفاً جامعاً للصيغة في كل العقود الشاملة للتصرفات والمعاملات وغيرها.

لكن يفهم من الربط بين التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي أن الصيغة في كل العقود هي الألفاظ والعبارات التي تعرب عن إرادة المتكلم ونوع تصرفه.

كما يفهم من ذلك أن الأصل في التعبير عن الإرادة في العقود هو اللفظ المنطوق والعبارة التي تصدر من كل من الإيجاب والقبول.

ومن ثم فإن التعبير الذي يجمع بينهما ويحقق التراضي هو الصيغة المطلوبة، وإذن فإن الصيغة هي التي تظهر الإرادة وتعبر عنها، وهي ما يتحقق بها الإيجاب والقبول.

والصيغة – على هذا الاعتبار – هي الصورة الخارجية للعقد، حيث تكون الصورة الداخلية هي النية، أو هي بالتعبير الاصطلاحي (الإرادة الباطنة) وتكون الصيغة – إذن – هي الإرادة الظاهرة المعبرة عن النية المستترة لكل من العاقدين.

---

(١) مادة / ٢ من قانون الوصية:

(تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة، فإذا كان الموصى عاجزاً عنها، انعقدت الوصية بإشارته المفهمة. ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولي عنها بعد وفاة الموصى في الحوادث السابقة على سنة ١٩١١، إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى. وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ فلا تسمع فيها ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه، كذلك تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها).

اختلاف الصيغة باختلاف الالتزامات[١]:

تختلف الصيغة – من حيث تمثيلها لالتزام كل من الطرفين – باختلاف الالتزامات على النحو التالى:

(أ) تتقيد بعض الالتزامات بصيغة خاصة لا يجوز العدول عنها، ومن أمثلة ذلك الشهادة عند جمهور الفقهاء.

فالشهادة إخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير فى مجلس القضاء، وقد اختلفت صيغتها تبعاً لتضمنها شروطاً فى قبولها كلفظ الشهادة ومجلس القضاء وغيره.

والشهادة من طرق القضاء لقوله تعالى: ﴿ **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ** ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقوله ﷺ: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر».

(ب) وهناك التزامات لا تتقيد بصيغة معينة، بل تصح بكل لفظ يدل على المقصود كالبيع والإعارة[٢].

فالصيغة التى تؤدى إلى انتقال الملك بعوض تسمى بيعاً، وبغير عوض تسمى هبة أو عطية أو صدقة.

وهى عند الحنفية – بناء على ذلك – تؤدى بأى لفظ معبر عن نية قائله لأن العبرة – عندهم – «بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى»[٣].

وليس لهذه الصيغة أيضاً – عند المالكية – لفظ معين، فكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول، لزم به العقد.

ونجد نحوا من ذلك عند سائر المدارس الفقهية[٤].

---

(١) انظر: البدائع ص٦/ ٢٧٣، مغنى المحتاج ٤/ ٤٥٣.

(٢) نصب الراية ٤/ ٩٥. (٣) فتح القدير ٥/ ٤٥٨.

(٤) انظر: الحطاب ٤/ ٢٣٠، نهاية المحتاج ٤/ ١٧٩، كشاف القناع ٣/ ١٤٦.

وكل ما يشترط فى الصيغة أن تكون صادرة ممن هو أهل للتصرف، فإذا كانت خاصة بالتبرعات فيشترط فى المتبرع أن يكون أهلاً للتبرع، وإن كان بعض الفقهاء – كما سنذكر – قد أجازوا وصية السفية والصبى المميز.

كما يشترط فى هذه الصيغة أن يقصد المتكلم المعنى الذى يعبر عنه اللفظ، إذ الجهل بمعنى اللفظ مسقط لحكمه.

وبناء على الشروط التى تشترط فى الصيغة فإنها متى صدرت مستوفية لشروطها فقد أنتجت نتائجها.

الصيغة فى الوصية

وبناء على ما قدمناه من اختلاف الصيغة باختلاف الالتزام الناتج عنها، فإن للوصية طبيعة خاصة تختلف عن عقود المعاوضات، بل قد تختلف فى جانب منها عن عقود التبرعات.

فهى تختلف – من حيث التعبير عن الإرادة – فى وسائل هذا التعبير، وإذا كانت الألفاظ والعبارات هى الأصل فى التعبير عما يريده الإنسان.

وكانت الكتابة أو الإشارة مما يقوم مقام الألفاظ والعبارات فى تمثيل الصيغة..

فإن الوصية كما تنعقد باللفظ المباشر كأن يقول: (أوصيت بجزء من مالى لفلان).

فإنها تنعقد كذلك بالكتابة، بل قد تكون الكتابة فى الوصية أكثر توثيقاً من اللفظ، لأن الموصى قد يعبر عن وصيته بالألفاظ فيجحدها ورثته من بعده.

ولكن الكتابة تبقى بعد وفاته، سيما وأن الوصية مضافة إلى ما بعد الموت.

ولقد خص بعض الشافعية عقد الوصية دون غيرها بالكتابة لثبوت الخبر منها.

وذلك استناداً إلى قول الرسول ﷺ: « ما حق امرىء مسلم بيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصى فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه ».

وقد استدلوا بقوله – ﷺ – «ووصيته مكتوبة» على جواز الاعتماد على الكتابة والخط، ولو لم يقترن ذلك بالشهادة قال القرطبى: ذكر الكتابة مبالغة فى زيادة التوثيق،، وإلا فالوصية المشهود بها متفق عليها ولو لم تكن مكتوبة[١].

الإشهاد على الوصية:

الحديث الذى ذكرناه سابقاً لم يشر إلى وجوب الإشهاد على كتابة الوصية، ويفهم من ذلك أن الإشهاد على الكتابة ليس شرطاً فى صحة الوصية التى يتسامح فيها كما يتسامح فى كتابة الحديث دون إشهاد.

لكن لا نشك فى أن الإشهاد إذا انضم إلى الكتابة كانت الوصية أكثر توثيقاً. وقد اتفق الفقهاء على نفاذ الوصية إن كتب الموصى وصيته وأشهد عليها، ثم قرأها على الشهود[٢].

ولكنهم اختلفوا إن كتبها ولم يعلم الشهود بما فيها، سواء أكتبها ولم يشهد عليها أم كتبها فى غيبة الشهود ثم أشهدهم عليها.

فإذا كتبها مبهمة ثم دعا الشهود وقال: هذه وصيتى فاشهدوا على ما فى هذا الكتاب، فإن للفقهاء فى نفاذ الوصية وعدمه رأيين:

الرأى الأول: عدم نفاذ هذه الوصية، لأن الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة بالإجماع فكذا هنا.

وهذا قول الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية، إلا أن بعض الحنابلة يقيد ذلك بما إذا كان خط الكاتب غير معروف للشهود، فإذا كان معروفاً لديهم فإن الوصية تكون نافذة[٣].

---

(١) نيل الأوطار ج٧، كتاب الوصايا/ ١٦٧.
(٢) الخرشى ١٨/ ١٩٠، المغنى ٦/ ٦٩.
(٣) شرح أدب القاضى للخصاف ٣/ ٣٣٧، المغنى ٦/ ٦٩.

الرأى الثانى : أن هذا الإشهاد يصح وتنفذ به الوصية وإن لم يقرأها على الشهود، وهو قول المالكية، وعندهم أن الموصى إذا كتب وصيته بحضور الشهود، وأشهدهم عليها دون علم بما فيها فإنها تنفذ أيضاً.

ويبدو أن هؤلاء المالكية - أصحاب هذا الرأى - يبطلون الوصية بالكتابة دون الإشهاد عليها، فقد جاء فى قولهم: (من كتب وصية بخط يده، وكتب «أنفذوها»، ولكنه لم يشهد عليها حتى مات فوصيته باطلة، لاحتمال رجوعه عنها قبل موته)[1].

ونقول إن الإشهاد على الوصية لا يمنع الموصى من الرجوع عن وصيته قبل موته، كما لا يلزم الموصى مادام حياً، وله حق الرجوع عنها مادام نفاذها لا يتم إلا بعد وفاته.

ومع ذلك فإن الإشهاد على الكتابة - كما نرى عند المالكية - لا يكون بالاطلاع حتماً على مضمون الوصية، ولكن بمجرد معرفة الشهود أن المكتوب (فى هذه الورقة) وصية من فلان إلى فلان.

فهى بمثابة شهادة على فعل لا على تفصيل لهذا الفعل.

وقد جاء فى «المدونة»[2]: كتب رجل وصيته ولم يقرأها على الشهود ودفعها إليهم مكتوبة فشهدوا بما فيها دون قراءة فهذا جائز إذا عرفوا مضمونها وصدّق الموصى.

وإذا كتب وصيته وهو مريض وأشهد عليها ثم مات فالوصية جائزة ومعنى ذلك أن المرجع فى حقيقة هذه الوصية وجديتها هو صدق الموصى لاشهادة الشهود.

---

(١) فتح العلى المالك، للشيخ محمد احمد عليش ٢/ ٣٦٨.

(٢) ج١٥، كتاب الوصايا/ ١٤.

كما يفهم من الاتجاه السابق فى اشتراط الشهادة أيضاً أن الشهادة قد تتحقق بكتابة الموصى، ثم قوله لمن حوله - شفوياً - « أنفذوا هذه الوصية » فإذا كتب وصيته ولم يوص بإنفاذها، فإن ذلك - عندهم - لا يفيد ولا تنفذ بعد موته.

بل إنه لو كتب كلمة « أنفذوها » ومات قبل أن يخاطب جماعة بالمشافهة ويقول « أنفذوها ».. فالحاصل أن الكتابة بمجردها لا عبرة بها، إذ لابد أن يقول لأحد بالمشافهة « أنفذوها »[(١)].

وفى هذا لون من التشديد فى توثيق الوصية، إذ يجمع بين الكتابة والنطق والإشهاد على كل منها.

والقول بنفاذ الوصية لمجرد كتابتها بحضرة الشهود وإشهادهم عليها دون علم بما فيها يستند إلى أن الرسول ﷺ كان يكتب إلى عماله وأمرائه فى أمر ولايته وأحكام سننه.

وأن الخلفاء الراشدين من بعده كتبوا إلى ولاتهم الأحكام التى تتضمن أحكاماً فى الجنايات والأموال، وبعثوا بها مختومة لا يعلم حاملها ما فيها وأمضوها على وجوهها.

وقد جاء فى المغنى لابن قدامه الحنبلى[(٢)]: لا نعلم أحدا أنكر ذلك مع شهرته فى علماء العصر فكان ذلك إجماعاً.

أما عند أبى حنيفة والشافعى فإن الوصية بهذه الكيفية لا تنفذ، لأنها كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه، فلم يجز أن يشهد عليه ككتاب القاضى إلى القاضى[(٣)].

ورغم ما أشرنا إليه من عدم أهمية الإشهاد فى الوصية، وأنها لا تمنع الموصى

---

(١) فتح العلى المالك (السابق).   (٢) ج٦/٩٦.
(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٧ - القليوبى وعميرة ٣/ ٢٨.

من الرجوع فى وصيته حال حياته، فإننا نرى أن الإشهاد على وصية مكتوبة دون الإطلاع على ما فيها هو إشهاد على شيء مجهول، ولا تجوز الشهادة على مجهول.

وعند الحنفية أن إنشاء الوصية كتابة جائز، وأن الكتابة فى ذلك تساوى العبارة، مادام الوصى قادراً على الكتابة.

فإذا كان خط الموصى معروفاً فإن ذلك يقوم مقام الشهادة، أما إذا لم يكن معروفاً، أو كتبها غيره فإنها لا تصح[1].

وإلى نحو ذلك يتجه الحنابلة[2].

ونرى أن اشتراط كتابة الموصى بيده لا محل له مادام هناك شهود على الوصية سواء أكانت بالعبارة أو بالكتابة.

فإن الله سبحانه يقول فى كتابة الديون: ﴿ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولا يشترط أن يكون هذا الكاتب هو المدين الذى يقر بالدين، واكتفت الآية بأن هذا المدين المقر بالدين هو الذى يملى الكاتب، وكان هذا الإملاء اعتراف بالدين أمام الشهود».... ﴿ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ﴾.

ولقد جاء فى المذكرة التفسيرية لقانون الوصية أنه لا يشترط أن يكتب الموصى وصيته بخط يده، بل يمكن أن ينيب أحداً عنه ليكتب له هذه الوصية.

فإذا قرأها الموصى أو قرأها الكاتب أمام الناس، فقراءتها إقرار وسماع الناس لها شهادة.

ومن هنا نقول أن الكتابة كافية، وإن الإشاد على هذه الكتابة من باب الاستحسان لتمام توثيقها.

---

(١) ابن عابدين ٥/ ٤٢٦ .

(٢) شرح أدب القاضى للخصاف ٣/ ٣٤١ .

ولقد اتفق الفقهاء على صحة العقود وانعقادها بالكتابة.

والكتابة المقصودة هنا - والتى تقوم مقام العبارة - هى الكتابة الواضحة المستبينة التى تعبر عن حقيقة الإرادة.

كالكتابة على الصحيفة وما شابهها، أما الكتابة غير المستبينة فهى كالكتابة على الماء أو على الهواء، وهذه لا ينعقد بها تصرف من التصرفات.

الوصية بالإشارة:

تجزىء الإشارة عن النطق والكتابة إذا كان المتعاقد أبكم منذ ولادته، فإذا كانت هذه العلة طارئة عليه فلا تعتبر إشارته إلا إذا فقدنا الأمل فى شفائه[1].

ومن الفقهاء من لا يجيز عقود الأخرس بالإشارة إذا كان يجيد الكتابة، لأن الكتابة أقوى فى الدلالة من الإشارة.

ولا يصح العدول عن الدلالة القوية إلى الدلالة الضعيفة.

بينما يرى المالكية والحنابلة انعقاد العقد بالإشارة من الأبكم وغير الأبكم مادامت مؤدية إلى المعنى المقصود، ومادام الناس قد تعارفوا عليها وتفاهموا بها.

وإن غير الأخرس كالأخرس فى اعتبار إشارته المفهومة[2]، بل ذهبوا إلى أن الإشارة يطلق عليها أنها كلام حيث يقول الله تعالى: ﴿ **قَالَ آيَتُكَ أَلاَّ تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ إِلاَّ رَمْزًا** ﴾ [آل عمران: ٤١].

وهذا الاتجاه فى التسوية بين الإشارة والعبارة هو ما يذهب إليه القانون المدنى، حيث أشرنا قبل ذلك إلى نص المادة القائلة (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً....).

ولقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن وصية الأخرس معتبرة شرعاً، وتقوم مقام عبارة الناطق فيما لابد فيه من العبارة.

---

(١) بدائع الصنائع ج٥/ ١٣، حاشية ابن عابدين ج٤/ ١٠.

(٢) مواهب الجليل ج٤/ ٢٢٩، المغنى ج٦/ ٥٣٤.

كما ذهبوا إلى أن (معتقل اللسان) - وهو وسط بين الناطق والأخرس - كالأخرس فتقوم إشارته المفهمة مقام العبارة.

فإن أوصى بالإشارة، أو قرئت عليه الوصية، وأشار أن (نعم) صحت الوصية.

والمذهب عند الحنابلة أن معتقل اللسان لا تصح وصيته[1].

قبول الوصية:

وهذا القول يتعلق بحق الموصى له، وسنخصص له مبحثاً فى الصفحات التالية لنبين حكم اشتراط قبول للوصية.

ولكننا نشير هنا إلى رأى الحنفية[2] فى قبول الوصية، حيث يرون أن قبول الوصية يكون بعد موت الموصى، ويبطل ردها وقبولها فى حياته لأن أوان ثبوت حكم الملك بعد الموت لتعلقه به، فلا يعتبر القبول قبله كما لا يعتبر قبل العقد.

ولأن وضع الوصية متعلق بالموت فلا يكون الملك فيها حالاً كالبيع الذى لابد له من القبول فى المجلس.

ونرى أن تعليق قبول الوصية على وفاة الموصى يعد استثناء من طبيعة العقود كلها، فالأصل فى كل العقود وجود طرفى العقد (الإيجاب والقبول) فى المجلس، وسماع كل منهما قول الآخر، حيث تلتقى إرادتاهما على موضوع واحد.

فإذا كان القول بجواز قبول الموصى له بعد وفاة الموصى مقبولاً، فليس القول ببطلانه فى حياة الموصى مقبولاً.

* * *

---

(١) الأشباه والنظائر/ ٢٤٨، ٢٤٩.

(٢) كشف الحقائق، شرح كنز الدقائق ج٢/ ٣١٢.

المبحث الثانى

الموصى

تعريفه:

يعرف الموصى بأنه (كل مالك صحيح الملك).

ومعنى هذا التعريف الوجيز أن الموصى هو الذى ملك مالاً ملكية صحيحة بحيث يستطيع أن يتصرف فيه تصرف الملاك، أو يوصى فيه وصية الأحرار.

ومن هذا التعريف نجد أنه ليس من حق كل إنسان أن يوصى بمال، لأنه ليس من حق إنسان أن يتصرف فى مال غيره.

وبناء على ذلك فإن لنا أن نتصور شروطاً يجب أن تتوفر فى الموصى حتى تصح وصيته وتنفذ فى القدر الذى أوصى به من مال.

شروط فى الموصى:

من الشروط التى يجب أن تتوفر فى الموصى:

١- أن يكون من أهل التبرع:

أى أن تكون له سلطة على ماله تخوله أن يتبرع به أو بجزء منه، وألا يكون لأحد سلطان عليه يغل يده أو يمنع وصيته بسبب من أسباب المنع.

وذلك لأن الوصية تبرع بإيجاب الموصى مضاف إلى ما بعد وفاته فلابد أن يكون هذا الموصى أهلاً للتبرع.

(أ) وصية الصبى:

ومن هنا فإن الوصية لا تصح من الصبى غير المميز الذى لا يفرق بين ما يضره وما ينفعه.

كـمـا لا تصح من المجنون الذى لا يدرك معنى لتصرفاته، ولا يقدر على تحديد الهدف من هذه التصرفات.

وتصرفات هذين تكون – بناء على ذلك – من التصرفات الضارة ضرراً محضاً، حيث لا يقابلها عوض مادى يمنع هذا الضرر. وبهذا الشرط يقول الحنفية[1].

ويقصد بالعوض المادى هنا عوض يجده الموصى فى الدنيا، حيث الكلام ليس على عوض الآخرة وهو الثواب.

وهذا العوض المادى لا يملكه الصبى، لأنه لا يملك التصرف فى ماله تصرفاً حراً يؤدى به إلى ضرر محقق.

وسواء أكانت هذه الوصية من الصبى قد وقعت قبل إدراكه أو بعد هذا الإدراك.

لأنها وقعت – من أول الأمر – باطلة، فلا تنقلب إلى الجواز بالإدراك، إلا إذا استأنف وصية جديدة بعد إدراكه.

فلو أن الصبى أضاف وصيته إلى ما بعد إدراكه فقال مثلاً: (إذا أدركت ثم مت فثلث مالى لفلان) لم تصح، لأن عبارته لم تقع صحيحة فلا تعتبر فى إيجاب الحكم بعد الموت.

والوصية ليست من باب التجارة، فلا تجوز للصبى وإن كان ماذوناً له فى التجارة.

لأن الفرق بين التجارة والوصية أن الأولى معاوضة المال بالمال، وأما الثانية فإنها تدخل فى باب التبرعات، ولا يملك الصبى أن يتبرع من ماله تبرعاً يلحق الضرر به.

---

(١) بدائع الصنائع: ٧/ ٣٣٤.

ولقد قال الشافعى فى أحد قوليه: إن وصية الصبى العاقل فى القربات – أى التقرب لله – صحيحة.

واستدل على ذلك بما روى أن عمر – رضى الله عنه – أجاز وصية غلام مميز قريب من الإدراك.

ووجه ذلك أن وصيته فى القربات يحقق له الثواب فى الآخرة، ولو لم يوص لزال ملكه إلى الوارث من غير أن ينال ثواباً، لأنه يزول عنه جبراً شاء أو أبى، فكان هذا تصرفاً نافعاً فى حقه، وهو أشبه – حينئذ – بصلاة التطوع وصوم التطوع.

وليس هناك – فيما نرى – خلاف بين الحنفية والشافعية فى الوصية بالقربات من الصبى.

وإجازة عمر لوصية الصبى ربما كانت لتجهيزه وتكفينه ودفنه ووصية الصبى فى مثل ذلك جائزة – عند الأحناف والشافعية وغيرهم – لأن حقوق الصبى فى التجهيز والدفن ثابتة من غير وصية.

كما يجيز مالك وصية الصبى فى القربات كذلك[1].

ولكن يرد على احتمال أن وصية الصبى التى أجازها عمر كانت لتكفينه ودفنه بعد وفاته برواية تقول إنه قيل لعمر بن الخطاب: إن هنا غلاماً يافعاً لم يحتلم وورثته بالشام وهو ذو مال، وليس له هنا إلا ابنة عم له، فقال عمر: فليوص لها، فأوصى لها بمال بلغ ثلاثين ألفاً.

أى أن الوصية كانت بمال، ولم تكن وصية بإحدى القربات. ومع ذلك فلقد كان الصبى ابن عشر أو أثنتى عشرة سنة، ووصيته – حينئذ – تصرف نافع للصبى، فتصح منه إذ لا فرق بينها وبين إسلامه وصلاته.

فهى جميعاً تحقق له ثواباً بعد غناه عن ملكه وماله فلا يحلقه ضرر عاجل فى دنياه أو أخراه بخلاف الهبة التى يفوت بها شىء من ماله يحتاج إليه فى حياته.

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد، كتاب الوصايا ص ٤٢٩.

وقد جاء تفصيل بأحد كتب الحنابلة[1] فى وصية الصبى على النحو التالى:

تجوز وصيته إذا بلغ عشر سنين أو زاد على ذلك فأما الطفل وهو من له دون السبع فلا وصية له، وهذا قول أكثر أهل العلم.

ومن هو بين السابعة والعاشرة فيحتمل أن لا تصح وصيته لأن لا يصح تصرفه أشبه بالطفل.

وضابط ذلك على وجه العموم أن من صح تصرفه فى المال صحت وصيته لأنها نوع من التصرف.

وخلاصة ما عرضناه فى وصية الصغير نجمله فيما يلى:

يتفق الحنفية والشافعية على اشتراط البلوغ لصحة الوصية، فلا تصح وصية الصبى المميز وغير المميز، ولو كان مميزاً مأذوناً له فى التجارة.

لأن الوصية من التصرفات الضارة ضرراً محضاً، إذ هى تبرع لا تجارة.

أما وصية الصبى المميز إذا كانت لتكفينه وتجهيزه فإنها جائزة، لأن التكفين والتجهيز مطلوبان وإن كانا بغير وصية.

وأجاز المالكية والحنابلة وصية المميز، وهو ابن عشر سنين أو قريب من ذلك.

أما غير المميز فلا تجوز له وصية، كما لا يعتبر إسلامه أو صلاته.

(ب) وصية السفيه[2]

والسفه - فى الاصطلاح - هو التبذير فى المال والإسراف فيه، ويقابله (الرشد): وهو إصلاح المال وتنميته وعدم تبذيره.

(١) المغنى لابن قدامة ج ٦/ ١٠١.

(٢) مادة (٥) من قانون الوصايا: (يشترط فى الموصى أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً، على أنه إذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبى.

ولهذا السفه حالتان:

الأولى: استمرار السفه بعد بلوغ الإنسان.

الثانية: طروء السفه بعد البلوغ والرشد.

ولكل من هاتين الحالتين أحكامها عند الفقهاء من حيث الحجر على السفيه ومنعه من التصرف فى ماله.

والذى يعنينا هنا أن الفقهاء القائلين بالحجر على السفيه يرون عدم صحة هبته إذا كانت بغير عوض مالى، لأن الهبة تبرع مالى، وليس السفيه من أهل التبرع، كما أنها تحتاج إلى الإيجاب وهو ليس من أهل الإيجاب. وبناء على ذلك فإننا نستطيع أن ندرك أثر السفه على الوصية عند الفقهاء.

ويمكن تلخيص آرائهم فى اتجاهات ثلاثة:

الاتجاه الأول:

وهذا الاتجاه لجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إذ هم يرون صحة وصية السفيه فيما يتقرب به إلى الله.

وحجتهم فى ذلك أن السفيه صحيح العبارة، وأنه عاقل مكلف، وإذا كان الحجر على تصرفاته مشروعاً فإن ذلك بغرض المحافظة على ماله، وليس فى الوصية إضاعة للمال.

وهو إن عاش كان ماله له، وإن مات فله ثوابه وهو أحوج إليه من غيره. يقول الشوكانى: (الحكمة فى الحجر على السفيه أن حفظ الأموال حكمة، لأنها مخلوقة للانتفاع بها بلا تبذير).

الاتجاه الثانى:

ويذهب هذا الاتجاه إلى عدم صحة الوصية من السفيه، لأنه محجور عليه فى تصرفاته ومنها الوصية.

وقد تجوز الوصية منه قبل الحجر عليه لا بعده.

الاتجاه الثالث :

وهذا الاتجاه يفرق بين ما إذا كان هذا السفيه يخلط (أي يهذى) فى وصيته أم لا يخلط .

فهو إذا حصل منه تخليط - وهو أن يوصى مثلاً بما ليس بقُرَب، أو يوصى بمعصية، أو لا يعرف فى نهاية كلامه ما ابتدأ به من هذا الكلام... فلا تصح وصيته .

وإذن فإنه إذا كان واعياً يعرف أبعاد كلامه ولا يخلط فى قوله جازت وصيته .

وهذا ما يراه المالكية والحنفية[١] .

وإذا عرضنا هذه الاتجاهات فى وصية السفيه، فإن للظاهرية تصوراً آخر فى ذلك .

فهم يرون أولاً أن المسلم الذى لا يعقل لا يكون سفيهاً، إنما السفيه هو الكافر أو المجنون الذى لا يميز .

وإذا كان الصغير الذى لا يميز ممنوعاً من ماله، فإن السفيه والأحمق كذلك .

ثم إنهم يعتمدون على قوله تعالى : ﴿ **وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلاً مَّعْرُوفًا** ﴾ [النساء : ٥] فصح - عندهم - بنص القرآن أن المجنون والصغير ممنوعان من أموالهما حتى يعقل الأحمق ويبلغ الصغير، فصح أنه لا يجوز لهما حكم فى أموالهما أصلا[٢] .

(جـ) وصية المجنون

عرف الفقهاء والأصوليون الجنون بأنه (اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهجه إلا نادراً)[٣] .

(١) شرح العناية ٨ / ٢٠٠، بلغة السالك ٢ / ٢١٢ .

(٢) انظر المحلى لابن حزم ج٩، كتاب الوصايا / ٣٣٢ .

(٣) التعريفات للجرجانى .

وهو – فى هذا – غير السفيه، حيث السفيه يعقل ويدرك تصرفاته وإن كان لا يضبط إنفاقه.

ويقترب من معنى الجنون العته، وهو نقصان العقل نقصاناً لا يصل إلى حد الجنون.

والصرع وهو علة تمنع الدماغ من فعله منعاً غير تام وقد قسموا الجنون إلى نوعين: نوع أصلى أو مطبق وهو اللازم الممتد الذى لا يرجى الشفاء منه.

ونوع عارض أو غير مطبق وهو الذى يطرأ على الموصوف به أحياناً ويتركه أحياناً أخرى.

والجنون المطبق يسقط معه وجوب العبادات وسائر التكاليف فلا تشغل بها ذمة المجنون.

أما الجنون الطارىء غير المطبق فإنه لا يمنع التكليف ولا ينفى أصل الوجوب لأن مناط الوجوب وجود الذمة وهى ثابتة، ولذلك فإن الموصوف بالجنون غير المطبق تصح تصرفاته فى وقت إفاقته.

وبناء على ذلك فإن الوصية لا تصح من المجنون جنوناً مطبقاً، لأن الوصية عقد جائز (أى غير لازم) كالوكالة، فيكون لبقائه حكم الإنشاء كالوكالة.

وقد نص ابن عابدين – الفقيه الحنفى – على أن من أوصى بوصية ثم جن، فإن أطبق الجنون حتى بلغت ستة أشهر بطلت وإلا فلا[1]. وظاهر كلام الجمهور أن الوصية لا تبطل بجنون الموصى بعد الوصية فقد قال المالكية: لا تصح الوصية من المجنون إلا حال إفاقته. وفى ذلك تفصيل نعرضه على النحو التالى:

يعتبر اشتراط توافر العقل عند الإيصاء من الموصى وعند موته دون اعتبار ما بينهما.

---

(١) ابن عابدين ٥ / ٤١٥.

وعلى هذا لو أوصى عاقل إلى مجنون فأفاق قبل وفاة الموصى صحت الوصية، لأن التصرف بعد الموت، فاعتبرت الشروط عنده كما تعتبر عدالة الشهود عند الأداء.

٢ - إسلام الموصى:

لا خلاف فى جواز وصية المسلم للمسلم، فإن الوصية من الأمور التى تنظمها شريعة الإسلام للمسلمين.

ولكن الخلاف فى وصية المسلم لغير المسلم ووصية غير المسلم للمسلم، ونذكر الخلاف على النحو التالى:

يرى الحنابلة جواز وصية المسلم للذمى أو الحربى جوازاً مطلقاً، وكذلك يذهب الشافعية فى أصح الأقوال، ويمنع المالكية والحنفية وصية المسلم للحربى أو للمسلم المقيم فى دار الحرب والحجة فى ذلك أن التبرع بالمال للحربى أو للمقيم فى دار الحرب إنما هو بمثابة إعانة أهل الحرب على محاربة المسلمين، وإذا كان المسلمون يقاتلون المحاربين من غير المسلمين ويأخذون أموالهم غنيمة، فلا معنى للوصية لهم.

ومن أجل هذا فإن الحنفية قد صرحوا بعدم جواز الوصية للحربى حتى لو أجازها الورثة. وهذا - فى الواقع - اتجاه جيد يستمد جودته من واقعية العلاقة بين المسلمين وأعدائهم من المحاربين الذين يقاتلونهم فى الدين والوطن.

ولكن الحنابلة الذين يجيزون هذه الوصية ينظرون إلى أن الوصية تمليك، ولا يمتنع التمليك للحربى قياساً على البيع. وأحسب أنه لا يصح القياس هنا، فالبيع معاوضة مال بمال، ومبادلة منفعة بمنفعة، والوصية أشبه بالتبرع، ولا ينبغى التبرع للعدو المحارب. أما إذا كان الحربى مستأمناً فى دار الإسلام، فإن الحنفية يقولون بصحة وصية المسلم له، وبصحة وصية المستأمن للمسلم، لأن المستأمن ملتزم بأحكام الإسلام.

ولو أوصى هذا المستأمن بكل ماله لمسلم أو ذمي، ولم يكن معه من ورثته بدار أحد جاز ولا عبرة بورثته الذين هم في دار الحرب، لأنهم أموات في حق المسلمين، ولأنه لا عصمة لأنفسهم ولا لأموالهم ماداموا على حرب مع المسلمين، ومن باب أولى لا يكون لحقهم الذى فى مال مورثهم عصمة.

أما إذا كان مع هذا المحارب أحد من ورثته معه، وأراد هو أن يوصى للمسلم فلا تجوز وصيته إلا بإجازة ورثته.

وهذا اتجاه عادل فى احترام ملكية غير المسلم، وكفالة حريته فى التصرف فى هذه الملكية. وفى جواز الوصية من مسلم لذمى لمسلم يستشهدون بقوله سبحانه: ﴿ لا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ [الممتحنة: ٧]، لأن الكفر لا ينافى أهلية التملك، وكما يصح بيع الكافر وهبته، فلذلك تصح الوصية منه وله.

وعند الشافعية أن الوصية تصح للذمى إذا كان معيناً، كأن يقول: أوصيت لفلان بكذا، أما لو قال: أوصيت لفلان الكافر بكذا فلا تصح الوصية، لأن جعل الكفر حاملاً على الوصية، وكأنه يوصى له رغم علمه بأنه كافر، أو كأن الكفر مبرر للوصية له[1].

والمالكية يوافقون على وصية الذمى للمسلم، ولا يوافقون على وصية المسلم للذمى إلا إذا كانت على وجه الصلة كأن كانت بينهما قرابة، وإلا فقد كرهوا وصية المسلم للذمى، إذا لا يقبل من المسلم أن يوصى لذمى ويترك أهل دينه فقراء محتاجين.

أما وصية الكافر (لكافر مثله) أو كافر من ملة غير ملته فهذا جائز حيث «الكفر ملة واحدة».

---

(١) البدائع ٧/ ٣٣٥، الدسوقى على الشرح الكبير ٤/ ٤٢٦.

٣ - رضا الموصى:

ويقصد بهذا الرضا توفر إرادته، لأن الوصية تمليك للغير بإيجاب من الموصى، ولابد أن يتوفر الرضا فى هذا الإيجاب فلا تصح وصية المكره لأن الإكراه - عند العلماء - يفسد إرادة من وقع عليه الإكراه، فيترتب على هذا الفساد بطلان التصرفات.

والإكراه على تصرف من التصرفات يسقط هذا التصرف، كما يسقط الأثر المترتب عليه.

فإذا أوصى واحد لغيره بجزء من ماله تحت التهديد والإكراه، فقد أوصى دون رضاه فبطلت وصيته.

وعند الحنفية أن المكره عليه إذا كان من الإقرارات - كالوصية - كان أثر الإكراه إبطال الإقرار وإلغاءه.

ومن أكره على الاعتراف بمال أو زواج كان اعترافه باطلاً، ولا يعتد به شرعاً.

على أنهم يفرقون بين البطلان والفساد، فيجعلون الإكراه على الإقرار باطلاً والإكراه على العقود والتصرفات الشرعية كالبيع والإجارة والرهن مؤدياً إلى فساد هذه العقود حتى يجيزه من وقع عليه الإكراه فيصير صحيحاً.

ولم يفرق المالكية وغيرهم بين الإكراه على الإقرار والإكراه على العقود والتصرفات فالإكراه لا يلزم المكره بشىء.

ومما يتنافى مع رضا الموصى أيضاً أن يوصى وهو سكران أو هازل أو مخطىء، فإن هذه الصفات جميعاً تفوت الرضا.

فالخطأ فعل يصدر من الإنسان بلا قصد إليه عند مباشرة أمر مقصود سواه.

والهزل أن لا يراد باللفظ ودلالته المعنى الحقيقى ولا المجازى بأن لا يراد به شىء، أو يراد به ما لا يصح إرادته به.

وهو كالخطأ فى أنه من العوارض المسقطة للرضا، إلا أن المخطىء لا قصد له فى خصوص اللفظ ولا فى حكمه.

والهازل مختار راض باللفظ، غير راض بحكمه. ومن ثم فإن الرضا - كما عرفه الحنفية (امتلاء الاختيار، أى بلوغه نهايته، بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة فى الوجه)[1].

فإن لم تظهر هذه البشاشة على الوجه، فلا أقل من أن ينتقى الإكراه الذى ينفى الرضا.

ولا خلاف بين الفقهاء في أن أكل أموال الناس متعلق بالرضا لقوله سبحانه: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩].

ولقول الرسول ﷺ: «لا يحل لامرىء من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه»[2].

حق رجوع الموصى عن الوصية:

الوصية ليست من العقود اللازمة، ومن ثم فإن الرجوع فيها جائز، وهو من حق الموصى الذى أضاف وصيته إلى ما بعد موته. وهو إذن يحتفظ بحق الرجوع عن وصيته طيلة حياته.

والفقهاء يستعملون الرجوع والرد بمعنى واحد ويقولون فى الوصية، يكون الرجوع فى الوصية بالقول كرجعت فى وصيتى، أو أبطلتها ونحوه كرددتها[3].

والرجوع في الوصية يختص بمن صدر منه التصرف وهو الموصى إذ هو يملك الرجوع مادام حياً.

لأن الموجود قبل موته مجرد إيجاب وأنه محتمل الرجوع فى عقد المعاوضة فهى بالتبرع أولى[4].

---

(١) انظر التلويح على التوضيح ٢/ ١٩٥.

(٢) أخرجه أحمد ٣/ ٤٢٣.

(٣) القليوبى وعميره ١٣/ ٢١، ٢٢.

(٤) البدائع ٧/ ٣٧٨.

الحكم التكليفى للرجوع عن الوصية:

ومن هنا فإننا نستطيع أن نفهم أن الحكم التكليفى للرجوع فى الوصية هو الإباحة.

فليس هو واجباً كرجوع المرتد إلى الإسلام، ورجوع البغاة إلى طاعة الإمام[1].

وليس مستحباً كرجوع المتبايعين بالتراضى بعد تمام العقد وهو ما يسمى بالإقالة[2] لقوله ﷺ: «من أقال مسلماً أقال الله عثرته يوم القيامة»[3].

كما أنه ليس حراماً كالرجوع فى الصدقة، ولا مكروها كالرجوع فى الهبة لقوله ﷺ: «العائد فى هبته كالكلب يقىء ثم يعود فى قيئه»[4]، ولقوله أيضاً: لا يحل للرجل أن يعطى عطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده[5].

ما يكون به الرجوع عن الوصية:

الرجوع عن الوصية يكون بطريقتين:

الطريق المباشر بالقول:

وذلك كأن يقول الموصى: رجعت فى الوصية، أو فسختها، أو رددتها، أو أبطلتها، أو نقضتها..

وهذه الألفاظ وما فى معناها تدل دلالة صريحة على الرجوع عن الوصية، كما يكون الرجوع صريحاً أيضاً إذا قال: تركتى حرام على غير ورثتى، لأنه لا يكون حراماً وهو وصية، كما ينافى كونه وصية وهو كله للورثة.. أما إذا قال: هذا المال كله تركتى، فإن ذلك لا يعد رجوعاً عن الوصية، لأن الموصى به من تركته[6].

---

(١) جواهر الإكليل ٢/ ٢٧٨.

(٢) انظر كتاب «الإقالة» للمؤلف.

(٣) ابن ماجه ٢/ ٧٤١.

(٤) فتح البارى ٥/ ٢٣٥.

(٥) أخرجه الترمذى ٤/ ٤٤٢.

(٦) الكافى فى الفقه لموفق الدين بن قدامة القدسى ج ٢/ ٣٤٣.

الطريق غير المباشر بالتصرف:

وذلك كأن يفعل الموصى في الموصى به فعلاً يستدل به على الرجوع، فلو أن الموصى فعل فى الموصى به فعلاً يقطع به ملك المالك، فإن ذلك يعد رجوعاً عن الوصية بالتصرف.

ومن قبيل التصرف الذى يعد رجوعاً عن الوصية أن يبيع الموصى به أو يهبه لشخص آخر غير الموصى له.

ومن قبيل التصرف أيضاً ما إذا أوصى بقطعة من القماش، ولكنه قطعها وخاطها قميصاً، أو أوصى بقطن فغزله.

لأن هذه التصرفات لما أوجبت حكم الثابت فى المحل وهو الملك فلأن توجب بطلان مجرد كلام من غير حكم أصلاً أولى.

ووجه الدلالة أن كل واحد من هذه الأفعال والتصرفات تبدل العين وتصيرها شيئاً آخر اسما ومعنى، فكان استهلاكاً من حيث المعنى، فكان دليل الرجوع[1].

ويطلق أيضاً على هذا الرجوع اسم (الرجوع الدلالى) لأنه يشمل الكلام الذى لا يدل على الرجوع صراحة، ولكن يدل عليه إشارة أو دلالة.

ما لا يعد من التصرفات رجوعاً:

فرق بعض الفقهاء بين التصرفات التى تعد رجوعاً وبين التصرفات التى لا تعد رجوعاً.

فالأمثلة السابقة من التصرفات كانت بمثابة الرجوع لأنها صرفت الموصى به عن الموصى له، وعرضت الموصى به لزوال ملك الموصى.

لكن الأمثلة الآتية من التصرفات لا تعد رجوعاً.

١- إن أوصى بثلث ماله لم يكن رجوعاً، لأن الوصية بثلث ماله عند الموت لا بثلث الموجود.

---

(١) البدائع ٧/ ٣٧٨

٢- إن سكن الدار التى أوصى بها لم يكن ذلك رجوعاً لأنه لا يزيل الاسم ولا يدل على الرجوع.

٣- إن أوصى بأرض ثم زرعها لم يكن رجوعاً، لأنه لا يراد للبقاء، وقد يحصد الزرع قبل الموت.

فإن غرسها أو بناها ففيه وجهان:

أحدهما: يكون رجوعاً لأنه جعلها لمنفعة مؤيدة.

والثاني: لا يكون رجوعاً لأنه استيفاء منفعة أشبه بالزراعة.

وإن أوصى له بسكنى داره سنة، ثم أجرها فمات قبل انقضاء الإجارة ففيه وجهان:

أحدهما: يسكن سنة بعد انقضاء مدة الإجارة لأنه موصى له بسنة.

والثاني: تبطل الوصية بقدر ما بقى من مدة الإجارة، وتبقى فى الباقى[١].

حكم جحد الوصية:

وجحد الوصية يعنى إنكارها، وقد سوى بعض علماء اللغة بين الإنكار والجحود.

وقد يكون هذان اللفظان مرادفين للرجوع، فالرجوع فى الشهادة أن يقول الشاهد: أبطلت شهادتى أو فسختها أو رددتها. وقد يكون الرجوع عن الإقرار بادعاء الغلط ونحوه[٢].

ومن صور جحود الوصية أن يوصى رجل بوصية ثم تعرض عليه من الغد فيقول: لا أعرف هذه الوصية.

فإن هذه الصورة من الإنكار تعد رجوعاً عن الوصية عند أبى يوسف ولا تعد رجوعاً عند محمد (صاحبى أبى حنيفة).

ووجه اعتبار الجحود رجوعاً أن معنى الرجوع عن الوصية هو فسخها وإبطالها وفسخ العقد كلام يدل على عدم الرضا بالعقد السابق وبثبوت حكمه،

---

(١) الكافى فى الفقه ج ٢/ ٣٤٤.

(٢) القليوبى ٤/ ٣٣٢.

والجحود فى معناه لأن الجاحد لتصرف من التصرفات غير راض به وبثبوت حكمه، فيتحقق فيه معنى الفسخ فحصل معنى الرجوع.

أما وجه عدم اعتبار الجحود رجوعاً عن الوصية أن الرجوع عن الوصية يستدعى أن تكون الوصية سابقة على الجحود.

والجحود يستدعى إنكار وجود الوصية أصلاً فلا يتحقق فى الإنكار معنى الرجوع فلا يمكن أن يجعل رجوعاً.

ولهذا لم يكن جحود النكاح طلاقاً، ولأن إنكار الوصية بعد وجودها يكون كذباً محضاً فكان باطلا لا يتعلق به حكم كالإقرار الكذب[1].

والذى نراه فى جحود الوصية أو إنكارها أنه يعد رجوعاً عن الوصية، لأن الموصى إذا أنكر وصيته فقد رجع فيها، وإذا كانت الوصية من العقود غير اللازمة أصلاً فإن أى إنكار لها يعد رجوعاً عنها.

رجوع الورثة عن إجازة الوصية:

أجاز جمهور الفقهاء وصية الموصى باكثر من ثلث تركته، إذا أجاز ورثته ما زاد على الثلث.

إلا أن الظاهرية قد منعوا الوصية باكثر من الثلث وإن أجازها الورثة. لكن إجازة الورثة – فيما زاد على الثلث – ثابت بما يروى عن ابن عباس: «لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة، وروى عن عمر بن خارجة قال: فقال رسول الله ﷺ: «لا وصية لوارث إلا أن تجيز الورثة».

وهذان الحديثان وإن كانا يثبتان حق الورثة فى إجازة الوصية لوارث أو رفضها، فإن هناك أحاديث أخرى تثبت حقهم فى إجازة الوصية باكثر من الثلث أو رفضها.

فما حكم رجوع الورثة عن إجازتهم فى هاتين الحالتين؟

---

(١) البدائع ج ٧/ ٣٨١.

يرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد أنه ليس للورثة الرجوع فى إجازتهم للوصية للوارث بعد وفاة الموصى.

واحتجوا لذلك بأن المنع إنما وقع من أجل الورثة أنفسهم، فإذا أجازوه جاز.

وقد اتفقوا أنه إذا أوصى بأكثر من ثلثه لأجنبى جاز بإجازتهم فكذلك هنا. وفرق مالك فقال: إذا أذن الورثة للموصى فى صحته فلهم أن يرجعوا، وإذا أذنوا فى مرضه حين يحجب عن ماله فذلك غير جائز عليهم.

وحجة ذلك القول أن الورثة قد أجازوا شيئاً لم يملكوه فى ذلك الوقت، وإنما يملك المال بعد وفاته.

وقد يموت الوارث المستأذن قبله ولا يكون وارثاً وقد يرثه غيره، فقد أجاز من لا حق له فيه فلا يلزمه شىء.

واحتج مالك بأن قال: إن الرجل إذا كان صحيحاً فهو أحق بماله كله يصنع فيه ما شاء، فإذا أذنوا له فى صحته فقد تركوا شيئاً لم يجب لهم، وإذا أذنوا له فى مرضه فقد تركوا ما وجب لهم من الحق، فليس لهم أن يرجعوا فيه إذا كان قد أنقذه لأنه قد مات.

فإن لم ينفذ المريض ذلك كان للوارث الرجوع فيه لأنه لم يقف بالتنفيذ، وقول مالك فى هذه المسألة أشبه بالسنة من غيره(١).

وقد قال كثير من العلماء إن الإجازة غير معبّرة حال حياة الموصى، حتى إنهم لو أجازوا فى حياته، فإن لهم أن يرجعوا عن ذلك بعد موته، لأن حقهم إنما يثبت عند الموت، حيث لا تعلم إذا كان هذا المريض مرض الموت أم لا، فإذا مات الآن علم كونه مرض الموت فيثبت حقهم الآن.

إلا أنه إذا ثبت حقهم عند الموت استند الحق الثابت إلى أول المرض، والاستناد إنما يظهر فى الحاضر لا فى الماضى.

---

(١) القرطبى ج ٢/ ٦٤٢.

وإجازتهم حال حياته قد مضت لغوا لانعدام الحق حال وجودها فلا تلحقها الإجازة.

وهناك رأى آخر يقول بجواز إجازة الورثة للوصية فى حياة الموصى وبعد موته.

وليس لهم أن يرجعوا بعد موته، وذلك لأن إجازتهم فى حال حياة الموصى صادفت محلها، لأن حقهم يتعلق بماله فى مرض موته، إلا أنه لا يظهر كون هذا المرض مرض الموت إلا بالموت، فإذا اتصل المرض بالموت أدركنا أنه كان مرض الموت، وتبينا أن حقهم كان متعلقاً بماله، فتبين لهم أنهم أسقطوا حقهم بالإجازة فجازت إجازتهم[1].

اشتراط موت الموصى قبل الموصى له:

نقل البعض إجماعاً على أن موت الموصى له المعين قبل موت الموصى يبطل الوصية.

ذلك لأن الوصية عطية، وقد صادفت المعطى ميتاً فلا تصح كالهبة للميت، ولأن الوصية لا تلزم إلا بوفاة الموصى وقبول الموصى له. ولكن الحنفية لا يقولون ببطلان الوصية بوفاة الموصى له قبل وفاة الموصى، وذلك لأن القبول عندهم معناه عدم الرد.

أما الجمهور فقد اشترطوا موت الموصى قبل الموصى له لتصح الوصية يقول ابن رشد: «واختلفوا فى الوصية للميت فقال قوم: تبطل بموت الموصى له وهم الجمهور، وقال قوم لا تبطل»[2].

والذين يقولون بصحة الوصية حتى وإن مات الموصى له قبل الموصى يجعلون الوصية تمليكاً بمجرد اللفظ دون الافتقار إلى قبول الموصى له أو لحياته، وجعلوا الوصية منعقدة بمجرد موت الموصى فقط[3].

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧/ ٣٧٠ وما بعدها. (٢) بداية المجتهد ٢/ ٣٣٤.
(٣) الفقه الإسلامى وادلته، د/ وهبه الزحيلى ٨/ ٢٢.

وجمهور الفقهاء على بطلان الوصية إذا مات الموصى له قبل الموصى: فمن شروط صحة الوصية عند الأحناف أن يكون الموصى له موجوداً - كما ذكرنا سابقاً - فإن لم يكن موجوداً فلا تصح الوصية، لأن الوصية للمعدوم لا تصح[1]، ومثل ذلك عند المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، والظاهرية[5]. ولهذا الاتجاه وجاهته لأن الوصية كالعطية، والعطية لا تعطى إلا للأحياء، والموصى له إذا مات فإن للموصى أن ينقل الوصية إلى ورثته فيكون إنشاء لوصية جديدة لموصى لهم جدد، وهو يملك ذلك في حياته.

هبة المريض ووصيته:

يفرق الفقهاء بين الصحيح والمريض في هبته ووصيته:

فقد قال الحنفية: إذا وهب المريض شخصاً أجنبياً عنه ولم يكن للواهب وارث فإن هذه الهبة تكون صحيحة نافذة، ولو استغرقت كل ماله، ولا تتوقف على إجازة أحد[6].

وقال الشافعية والمالكية: تبطل الهبة فيما زاد على ثلث مال المريض، لأن ماله ميراث للمسلمين، ولا مجيز له منهم فبطلت[7]. والهبة في ذلك تشبه الوصية فيما زاد على ثلث التركة.

هذا إذا لم يكن للمريض ورثة، أما إذا كان له ورثة فقد اتفق الفقهاء على نفاذ هبة المريض إن كانت في ثلث ماله.

أما إذا زادت على الثلث فهي كالوصية يتوقف القدر الزائد منها على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ وإن ردوه بطل.

وتعتبر إجازة الورثة لو وقعت تنفيذاً وإمضاء لهبة مورثهم. وقد استدل

---

(1) البدائع ٧/ ٤٩٥.
(2) مواهب الجليل ٦/ ٣٣٦.
(3) مغني المحتاج ٣/ ٤٠.
(4) المغني ٦/ ٦٧.
(5) المحلى ٩/ ٣٢٢.
(6) المبسوط ١٢/ ١٠٣.
(7) الأم ٤/ ٣٠.

الفقهاء على اعتبار هبة المريض للأجنبى من ثلث ماله كالوصية استنادا إلى ما روى عن سعد بن أبى وقاص من الحديث الذى رويناه سابقاً، وأن الرسول ﷺ أباح له الوصية فى ماله فى حدود الثلث ولا زيادة عن الثلث.

وهذا الحديث جعل هبة المريض من الثلث كوصاياه من الثلث بعد موته.

وإذا كانت هبة المريض موجهة إلى وارثه ولم يكن له سوى هذا الوارث فقد قال الحنفية: إن هذه الهبة صحيحة نافذة ولا تتوقف على إجازة أحد سواء أكان الموهوب أقل من الثلث أم أكثر منه.

وإذا كان للمريض ورثة غير الموهوب له فقد قال جمهور الفقهاء: تتوقف الهبة على إجازة باقى الورثة، سواء أكان الموهب أقل من الثلث أم أكثر منه - كما فى الوصية لوارث - فإن أجازها الورثة نفذت، وإن ردوها بطلت[١].

وتعتبر إجازة الورثة تنفيذاً وإمضاء لهبة مورثهم غير أن الإمام الشافعى يخالف ذلك فيقول: هبة المريض المقبوضة لوارث باطلة مردودة[٢].

ولا تجوز هبة المريض ولا صدقته إلا مقبوضة، وهى فى ذلك تخالف الوصية المضافة إلى ما بعد الموت، فإذا قبضت جازت من الثلث، وإذا مات الواهب قبل التسليم بطلت[٣]. بخلاف الوصية التى لا تنفذ إلا بعد وفاة الموصى.

* * *

(١) الفتاوى الهندية ٤ / ٤١٢، المهذب ١ / ٤٥٨.
(٢) الأم ٤ / ٣٢.
(٣) الفتاوى الهندية ٤ / ٤٠٠.

المبحث الثالث

الموصى له

الموصى له هو الشخص أو الجهة المقصودة بالوصية، وهو الذى يفيد من الوصية بعد وفاة الموصى.

ومن الشروط التى يجب أن تتوفر فى الموصى له[1]:

١ - أن يكون موجوداً:

فلا يتور أن يوصى الموصى لشخص مجهول أو لجهة مجهولة، فالوصية للمعدوم لا تصح.

ولقد ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الوصية للمعدوم باطلة، لأن من شروط الموصى له أن يكون موجوداً وقت الوصية، ويتصور الملك له، فتصح الوصية لحمل فى بطن أمه.

ومن هنا فلو قال الموصى مثلاً: أوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة فإذا كانت حاملاً، وكان حملها معروفاً بأن كان الجنين موجوداً فى بطن أمه صحت الوصية.. وإلا فلا.

ذلك لأن الوصية - حينئذ - تكون موجهة إلى مجهول.

ويعلم ذلك إذا ولدت الحامل لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى أو وقت وجود الوصية.

---

(١) تنص المادة (٦) من قانون الوصية على الشروط الآتية فى الموصى له:

(أ) أن يكون معلوماً.

(ب) أن يكون موجوداً عند الوصية إن كان معيناً، فإن لم يكن معيناً لا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ولا وقت الموصى.

لأنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الموت أو وقت الوصية تيقنا أن الجنين كان موجوداً.

ذلك لأن المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر.

وقد فصل الحنفية[١] فى موضوع وجود الموصى له، فبينوا أن حكم الإقرار بمال لما فى بطن فلانة يعتمد على ذكر السبب لهذا الإقرار.

فقد يكون السبب جائز الوجود أو مستحيل الوجود.

فإذا قال المقر مثلاً: (لما فى بطن فلانة عليّ ألف درهم لأنى استهلكت ماله أو غصبت أو سرقت...) جاز إقراره.

أما إن قال: (لما فى بطن فلانة عليّ ألف درهم لأنى اقترضته منه) لم يجز لأنه أسند إقراره إلى سبب مستحيل وهو الاقتراض من (كائن) لم يوجد بعد.

وذهب المالكية إلى جواز الوصية للمعدوم، حتى جازت الوصية لميت علم الوصية بموته حين الوصية، وتصرف فى وفاء ديونه، ثم لوارثه، فإن لم يكن له وارث بطلت الوصية، ولا تعطى لبيت المال[٢].

الوصية للحمل والوصية للميت:

الوصية للحمل - عند الحنابلة[٣] - صحيحة لأن الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى الموصى به بغير عوض كانتقاله إلى وارثه، وقد سمى الله تعالى الميراث وصية بقوله سبحانه: ﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ** ﴾ [النساء: ١١].

كما أن الحمل يرث، فتصح الوصية له لأن الوصية أوسع من الميراث. فإذا انفصل الحمل ميتاً بطلت الوصية لأنه لا يرث ولأنه يحتمل أن لا يكون حياً حين الوصية، فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك.

---

(١) بدائع الصنائع ج٧، كتاب الوصايا/ ٣٣٧.

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٣٠٦، حاشية الدسوقى ٤/ ٤٢٦.

(٣) المغنى ج ٦/ ٥٦.

وإذا وضعته حياً صحت الوصية له.

وإذا وصى لحمل امرأة من زوجها صحت الوصية له مع اشتراط إلحاقه به، فإن لم يصح إلحاقه لم تجز الوصية.

وإذا وصى لحمل امرأة فولدت ذكراً وأنثى فالوصية لهما بالسوية، لأن ذلك عطية وهبة، فأشبه ما لو وهبها شيئاً بعد ولادتها.

أما الوصية للميت فإن هناك فرقاً بين الوصية لحى مات بعد الوصية أو قبلها، أو مات بعد الموصى أو قبله:

فمن أوصى لحى ثم مات بطلت الوصية له، وإن علم الموصى بأن الذى أوصى له ميت فهو لورثة الميت، فإن كان لم يعلم فهو لورثة الموصى.

ويعقب ابن حزم[1] بقوله: هذا باطل، لأنه لو أراد الوصية لاستطاع أن يقول ذلك، فتقويله ما لم يقل حكم بالظن، والحكم بالظن لا يحل.

ولقد نقل عن بعض العلماء أن الموصى إذا علم بموت الموصى له، ولم يحدث فيما أوصى به شيئاً فهو لوارث الموصى له، لأنه مات قبل عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصى وقبل القبول.

وقال أبو حنيفة والشافعى لا تصح الوصية لميت، بينما يرى مالك أن الموصى إن علم موت الموصى له، فالوصية جائزة، وهى لورثته بعد قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه، لأن الغرض نفعه بها، وبهذا يحصل له النفع فأشبه ما لو كان حياً.

٢ - قبول الموصى له بالوصية:

تقتضى طبيعة بعض العقود عدم اشتراط اتحاد المجلس فى الإيجاب والقبول، بل إن بعض هذه العقود لا يصح فيه القبول فى المجلس.

ومن هذه العقود عقد الوصية، فإنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت،

---

(١) انظر المحلى ج ٩، كتاب الوصية/ ٣٢٢.

فيصدر الإيجاب فيها حال حياة الموصى، لكن لا يعتبر القبول من الموصى له إلا بعد وفاة الموصى، فإذا قبلها الموصى له فى حياة الموصى لا تنعقد الوصية.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن من حق الموصى له أن يقبل الوصية من الموصى أو يردها.

ذلك لأن قبول الوصية شرط لثبوت الملك، والقبول أو الرد يثبت إرادة الموصى له فى إدخال شيء إلى ملكه.

هذا إذا كان الموصى له حياً حين صدرت الوصية، وكان له حق القبول أو الرد ولكن ما الحكم إذا مات الموصى له بعد الموصى وقبل صدور القبول أو الرد منه؟ هل ينتقل الحق إلى ورثته أم يسقط بموته؟

الإجابة عن هذا السؤال تسير فى اتجاهات ثلاثة:

الاتجاه الأول:

أن حق القبول أو الرد للوصية ينتقل لورثة الموصى له (كما ذكرنا فى السطور السابقة)، فهم يستطيعون أن يقبلوا الوصية الموجهة إلى مورثهم أو يردوها، وذلك لأن هذا الحق مما ينتقل شاءوا أوردوا.

وهذا الاتجاه يتبناه الشافعية والمالكية والحنابلة.

ولكن المالكية يستثنون من هذا الاتجاه ما إذا كانت الوصية موجهة إلى شخص بعينه، كأن يقول الموصى: أوصيت بجزء من مالى إلى فلان مدة بقائه حياً.

فإن الوصية - حينئذ - تسقط بموت الموصى له، ولا ينتقل الحق إلى ورثته[1].

الاتجاه الثانى:

ويتلخص فى أنه إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد بعد وفاة الموصى، فإن الشيء الموصى به يدخل فى ملك الموصى له دون حاجة إلى قبول الورثة.

---

(١) مواهب الجليل ٦/ ٣٦٧.

وفلسفة هذا الاتجاه أن عدم الرد دليل على القبول، فما دام الموصى له لم يرد الوصية حال حياة الموصى فمعنى ذلك أنه قد قبلها.. أى أن السكوت - كما يقال - دليل على القبول. وإذا سكت الموصى له فإنه يعتبر قابلاً حكماً. وهذا الاتجاه يتبناه الحنفية وبعض المالكية[1].

إلا أنا قد أشرنا - قبل ذلك - إلى رأى أحد أعلام المذهب الحنفى وهو «زفر».

ونذكّر هنا بهذا الرأى وهو أن ركن الوصية يكون فى إيجاب الموصى فقط، لأن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث، وملك الوارث ينتقل بموت المورث دون حاجة إلى قبول الوارث، وكذلك ملك الموصى له.

ولكن يرد على هذا الرأى بقول الله سبحانه: ﴿ وَأَن لَّيْسَ لِلإِنسَانِ إِلاَّ مَا سَعَىٰ ﴾.

وظاهر هذا النص أن لا يدخل شىء إلى ملك الإنسان إلا بسعيه.

ولو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه وهذا منفى إلا ما خص بدليل.

وقد يؤدى ثبوت الملك من غير قبول إلى الإضرار بالموصى له واحتمال الإضرار به يأتى من وجهين:

أحدهما: إضرار المن عليه من جانب الموصى أو جانب ورثته، ولهذا يتوقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعاً لضرر المنة.

والثانى: أن الموصى به قد يكون شيئاً يتضرر به الموصى له. كأن يوصى الموصى للموصى له بالإنفاق على طفل يتيم أو رعاية شخص مقعد عاجز عن الكسب.

إذا ليس للموصى إلحاق الضرر بالموصى له.

---

(١) البدائع ج ٧/ ٣٣١، مواهب الجليل ٦/ ٣٦٧.

وذلك بخلاف ملك الوارث، لأن اللزوم هنا بإلزام من له ولاية الإلزام وهو الله سبحانه وتعالى فلم يتوقف على القبول كسائر الأحكام التى تلزم بإلزام الشرع ابتداء.

ولو مات الموصى ثم مات الموصى له قبل القبول صار الموصى به ملكاً لورثة الموصى له استحساناً لا قياساً.

فالقياس يبطل الوصية ويثبت لورثة الموصى له الخيار إن شاءوا قبلوا وإن شاءوا ردوا.

وهذا القياس يتلخص فى أن القبول أحد ركنى العقد، وقد فات بالموت فيبطل الركن الآخر.

كما أن الموصى له كان من حقه القبول فى حياته، فإذا مات قام ورثته مقامه. أما جواز الوصية دون قبول الموصى له استحساناً فهو يستند إلى أن أحد الركنين من جانب الموصى له هو عدم الرد منه، وذلك بوقوع اليأس على الرد منه وقد حصل ذلك بموته فتم الركن.

كما أن القبول من الموصى له لا تشترط فيه العبارة لأن هذا القبول لا يشترط لذاته، بل لوقوع اليأس من الرد، وقد حصل ذلك بموت الموصى له.

الاتجاه الثالث:

ويتلخص فى أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل قبوله، وذلك لأنها عقد كسائر العقود يفتقر إلى القبول. فإذا مات من له حق القبول قبله بطل العقد كالهبة.

ولأنه خيار لا يعتاض عنه، فيبطل بالموت، كخيار المجلس وخيار الشرط، وخيار الأخذ بالشفعة. وهذا الاتجاه لبعض المالكية وبعض الحنابلة[١].

---

(١) مواهب الجليل ٦/ ٣٦٧، المغنى ٨/٤١٧.

٣ - ألا يكون قاتلاً للموصى[١]:

وهذا الشرط شبيه بحرمان القاتل من الإرث فى تركة مورثه. ولقد اختلف الفقهاء فى جواز الوصية للقاتل.. لا فرق فى ذلك بين القتل العمد والقتل الخطأ فى ذلك.

والقتل العمد هو قصد الفعل وقصد الشخص بما يقتل أو غالباً[٢] أما القتل الخطأ فهو ما وقع دون قصد الفعل والشخص، أو دون قصد أحدهما[٣].

وقد ذهب الشافعية وبعض الحنابلة إلى جواز الوصية للقاتل، لأن الهبة تصح له، فكذلك الوصية.

كما أن مالكا لا يرى اشتراط هذا الشرط، ويذهب إلى صحة الوصية للقاتل، لأن الوصية تمليك وتملك، والقتل لا يتنافى مع أهلية التمليك.

أما الحنفية فإنهم يرون عدم الوصية للقاتل، وحجتهم فى ذلك قول الرسول ﷺ: «لا وصية لقاتل» وهذا نص، كما روى عنه أيضاً قوله: «ليس لقاتل شيء»، وقد ذكرت كلمة «شيء» نكرة فى محل النفى، وإذا ذكرت النكرة فى محل النفى فإنها - عندهم - تفيد العموم.

فهى هنا تعم الميراث والوصية جميعاً.

كما أن الورثة يتأذون بوضع الوصية فى القاتل كما يتأذون بوضعها فى بعض الورثة دون بعضهم الآخر حيث يؤدى ذلك إلى قطع الرحم.

كما أن القتل بغير حق جناية عظيمة فتستدعى الزجر بأبلغ الوجوه، والحرمان من الوصية - حينئذ - يصلح زاجراً كالحرمان من الميراث. وسواء أكانت

---

(١) تنص المادة (١٧) أن القتل مانع من موانع استحقاق الوصية سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه، وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر، وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر ١٥ سنة.

(٢) مغنى المحتاج ٤/٣.

(٣) السابق.

الوصية للموصى له بعد الجناية أو قبلها، لأن الوصية إنما تقع تمليكاً بعد الموت فتقع وصية للقاتل تقدمت الجناية أو تأخرت.

ويتصور وقوع الجناية بعد الوصية بأن يوصى شخص بوصية لشخص آخر، ويضيف هذه الوصية إلى ما بعد موته[1].

فيتعجل الموصى له بتنفيذ الوصية فيقتل الموصى (من تعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه).

وقد فصل أحد الحنابلة ففرق بين الوصية بعد الجرح والوصية قبله فقال:

إن وصى له بعد جرحه صح، لأن الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها فى محلها، ولم يطرأ عليها ما يبطلها.

وإن وصى له قبل الجرح ثم طرأ القتل على الوصية أبطلها، لأن القتل يبطل ما هو أكثر منها تأكيداً وهو الميراث[2].

وأرجع المالكية صحة الوصية للقاتل إلى علم الموصى قبل وفاته: فإن علم الموصى بأن الموصى له هو الذى ضربه عمداً أو خطأ صحت الوصية منه من باب عفو المجنى عليه من الجانى ﴿ **وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ** ﴾.

وتكون الوصية فى الخطأ فى المال والدية، وتكون فى العمد فى المال فقط.

فإذا لم يعلم الموصى ففى صحة وصيته للموصى له القاتل تأويلان.

إجازة الورثة للموصى له القاتل:

إذا كان الموصى له هو الذى قتل الموصى، ثم أجاز الورثة هذه الوصية بعد موت الموصى.. فما حكم هذه الإجازة؟

يرى أبو حنيفة وصاحبه محمد جواز ذلك، وذلك أن إجازة الوصية حق للورثة فإذا أجازوها جازت.

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧/ ٣٣ وما بعدها. (٢) المغنى ٦/ ١١١.

وهؤلاء الورثة هم الذين يتأذون بوضع الوصية للقاتل أكثر مما يتأذى البعض بإيثار البعض بالوصية، ثم جازت الوصية للبعض بإجازة الباقين فهنا أولى.

كما أن الورثة ينتفعون ببطلان الوصية للقاتل، وحق الإنسان ما ينتفع به، فإذا أجازوا فقد زال المانع فجازت الوصية.

ولهذا فقد جازت الوصية لبعض الورثة بإجازة الباقين. وعند أبى يوسف - أحد صاحبى أبى حنيفة - لا تقبل إجازة الورثة للوصى القاتل، لأن الرسول ﷺ قال: «لا وصية لقاتل» وقال: «ليس لقاتل شىء» من غير فصل بين ما إذا أجاز الورثة الوصية أو لم يجيزوها.

ولأن المانع من الوصية هو القتل، وإجازة الورثة لم تمنع القتل، فبقى الحكم - وهو الحرمان من الوصية - قائماً مع وجود العلة - وهى القتل - والحكم - كما قال الاصوليون - (يدور مع العلة وجودا وعدما).

أى أن إجازة الورثة لم تؤثر فى وجود العلة. فيبقى الحكم على ما هو عليه أصلاً وهو الحرمان.

بقى أن نفرق بين القتل الذى يمنع الوصية والميراث، والقتل الذى لا يمنع ذلك.

فالقتل قصاصا بأن يكون القاتل (ولى دم)، أو يأذن له ولى الأمر بالقتل. فهذه الصورة ومثلها لا تمنع صحة الوصية. لأن القتل فى هذه الحالة ليس قتلاً حراماً.

وكذلك لو كان القاتل صبياً لا يدرك معنى القتل ولا يقصده، لأن هذا القتل لا يوصف بالحرمة، حيث لم يتعلق بشىء من ذلك حرمان الميراث فلا يتعلق به حرمان من الوصية.

والقتل بالتسبب أيضاً لا يمنع جواز الوصية كما لا يمنع حرمان الميراث،

وهذا النوع من القتل يكون نتيجة فعل لا يؤدى مباشرة إلى القتل، كمن يحفر بئراً فى غير ملكه، فيقع فيه إنسان فيقتل[1].

فهو لم يتعمد القتل ولم يقصد حقيقته فلا يكون عمله مؤدياً إلى حرمانه من الميراث أو من الوصية.

وقد ذهب المالكية والحنابلة إلى أن هذه الصورة تعد من نوع قتل الخطأ وموجبه الدية على المتسبب.

أما الحنفية فلأنهم لا يرون فى ذلك تعدياً مباشراً فقد جعلوه قتلاً بالتسبب وموجبه الدية على العاقلة لا على المتسبب ولا يتعلق به حرمان من الميراث.

وهذا بخلاف ما لو قصد حافر البئر وقوع القتل ووقع فعلاً، فإن على الفاعل القصاص.

وهذا مبحث واسع فى كتب الفقه فى باب الجنايات، فليرجع إليه من شاء الاستزادة.

٤ - ألا يكون الموصى له وارثاً[2]:

قد يكون الموصى له قريباً للموصى، ولكنه لا يرث فى تركته بسبب من أسباب المنع كالحجب أو الحرمان أو غير ذلك من الأسباب.

وقد يكون هذا القريب وارثاً مستحقاً فى التركة بأحد أسباب الميراث كأن يكون أحد أصحاب الفروض، أو عاصباً من العصبات فما حكم الوصية لهذا الوارث وقد نال نصيباً من التركة بالميراث؟

تتلخص رؤية الفقهاء لهذا الحكم فى الاتجاهات التالية:

---

(١) رد المحتار ١٥/ ٣٤١.

(٢) مادة (٣٧) من قانون الوصية: تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره، وتنفذ من غير إجازة الورثة، وتصح بما زاد على الثلث، ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه.

الاتجاه الأول:

القول بعدم صحة الوصية للوارث وقت موت الموصى، استناداً إلى ما روى عن عطاء بن عباس من قوله: «كان المال للولد»، وكانت الوصية للوالدين، فنسخ الله من ذلك ما أحب، فجعل للذكر مثل حظ الانثيين، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس، وجعل للمرأة الثمن والربع، وللزوج الشطر والربع»[1].

وعلل المقصود من قوله: «... وكانت الوصية للوالدين» هو الإشارة إلى قول الله سبحانه: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ﴾ [المائدة: ١٨٠].

واعتبر نسخ هذه الآية فى قوله: «وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس».

فما دام قد جعل لهما نصيباً فى التركة عن طريق الميراث، فلا نصيب لهما فيها عن طريق الوصية.

وجعل ذلك نسخاً للآية: ومما يستشهد به على منع الوصية للوارث ما روى عن رسول الله ﷺ فى خطبة الوداع من قوله: «إن الله قد أعطى كل ذلك حق حقه، فلا وصية لوارث».

وهذه الرواية أصرح من سابقتها فى منع الوصية للوارث، وقد قواها جماعة من الائمة منهم أحمد والبخارى.

غير أن البعض قد ضعفها وقالوا: لا يخلو إسناده من مقال لكن مجموعها يقتضى أن للحديث أصلاً.

وقد رأى الشافعى أن المتن متواتر فقال: وجدنا أهل الفتيا ممن حفظنا عنهم من أهل المغازى وغيرهم لا يختلفون فى أن النبى ﷺ قال عام الفتح «لا وصية لوارث»، فكان هذا النقل (نقل كافة عن كافة)، أى نقل عدد كثير عن عدد كثير فأشبه التواتر، وهو أقوى من نقل واحد من واحد.

---

(١) البخارى، كتاب الوصايا، حديث ٢٧٤٧.

ورغم قول الشافعي ذلك فإنه هو الذى يرى أن القرآن لا ينسخ بالسنة.

ولعل القائلين بنسخ الحكم فى قوله تعالى: ﴿ ... **الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ** ﴾ يرون أن هذا النسخ يتمثل في تخصيص فرض من التركة للوالدين عن طريق الميراث فى قوله تعالى: ﴿ ... **وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ** ﴾.

فكان تخصيص نصيب لهما فى الميراث ناسخاً لنصيب كل منهما فى الوصية.

كما يستند القائلون بعدم جواز الوصية للوارث أن الذى روى قوله ﷺ: «إن الله أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث» هو سليمان بن عياش، وأن هذا الرجل كان مريضاً فعاده أبو حنيفه فوجده يوصى لابنيه، فقال أبو حنيفة: إن هذا لا يجوز، فقال: ولماذا يا أبا حنيفة؟!

فقال: لأنك رويت لنا أن رسول الله ﷺ قال: لا وصية لوارث.

فقال سليمان لأبى حنيفة: يا معشر الفقهاء أنتم الأطباء ونحن الصيادلة.

أى أن الفقهاء هم الذين يرون الرأى، وغيرهم يلتزم به كما يلتزم الصيادلة بما يكتب الأطباء.

ويفهم من ذلك – كما يرى الحنفية وغيرهم – تحول الحق من الوصية إلى الميراث كما استندوا فى تعزيز هذا الاتجاه أيضاً إلى سبب إنسانى حيث قالوا: (لو جوزنا الوصية للورثة لكان للموصى أن يؤثر بعض الورثة وفيه إيذاء البعض وإيحاشهم فيؤدى إلى قطع الرحم وأنه حرام، وما أفضى إلى الحرام فهو حرام دفعاً للتناقض)[1].

ولقد ذهب ابن حزم الظاهرى فى عدم جواز الوصية لوارث إلى حد بعيد..

إذ هو لا يجيزها للوارث حتى ولو أجازها بقية الورثة..

---

(١) انظر البدائع ٧/ ٣٣٧.

حتى إن الموصى إذا أوصى لغير وارث فصار وارثاً عند موت الموصى[١] بطلت الوصية له.

وإن أوصى لوارث ثم صار غير وارث[٢] لم تجز له الوصية، لأنه حين عقدها كانت باطلة.

وسواء أجوّز الورثة ذلك أم لم يجوزوا لما ثبت من قوله ﷺ: «لا وصية لوارث».

وإذ قد منع الله تعالى من ذلك فليس للورثة أن يجيزوا ما أبطله الله تعالى على لسان رسوله، إلا أن يبتدئوا هبة لذلك من عند أنفسهم فهو ما لهم[٣] وأرى أن هذا الاستثناء الأخير في قوله (إلا أن يبتدئوا.... إلخ) يعد بمثابة جواز الوصية للوارث بإجازة بقية الورثة، إذ أن الفرق بين إجازتهم لوصية الموصى – وهو المورث – وبين هبتهم شيئاً من ما لهم للموصى له – وهو في الوقت نفسه وارث – فرق شكلي، حيث تلتقي الصورتان عند سماحهم لأخيهم – أو لأحد الورثة – بحيازته شيئاً زائداً على نصيبه عن طيب نفس منهم ولقد كان مسلك ابن حزم تجاه ما روى عن الرسول ﷺ من قوله عام الفتح في خطبته «لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة».

أن هذا الأثر المروى ضعيف، إذ رواه أربعة لا يوثق بهم، وأنه مرسل.

الاتجاه الثاني:

القول بتوقف صحة الوصية للوارث على إجازة بقية الورثة، فإذا أجازوها جازت وإلا فلا.

والمراد بعدم صحة وصية الوارث عدم اللزوم، لأن الأكثر على أنها موقوفة على إجازة الورثة.

---

(١) ويتصور ذلك فيما إذا أوصى لأخيه مع وجود ولده، فإذا مات الولد صار الأخ وارثا.

(٢) كما إذا أوصى لأبنه فقتله الابن.

(٣) المحلى لابن حزم الظاهري ج٩/ ٣١٦.

فإذا قيل أن الوصية لا تجوز لوارث، فإن نفى الجواز يعنى تعلقه بإجازة الورثة.

وإذا رضى الوارث بالوصية كانت صحيحة كما هو شأن بناء العام على الخاص.

فعن عمرو بين شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة».

فإذا أجازوا جميعاً هذه الوصية نفذت، فإن اختلفوا فأجازها البعض وردها البعض، فإنها تنفذ فى حق المجيز دون شركائه.

وفى الاستثناء الذى ورد فى الحديث «إلا أن يجيز الورثة» ما يدل على جواز الوصية بإيجاز الورثة.

أما إذا أمتنع سائر الورثة فلم يجيزوها، فإنها - وإن نشأت صحيحة - إلا أنها غير نافذة لتوقف نفاذها على موافقة أصحاب الحق وهم الورثة.

وما داموا لم يوافقوا فالعقد موقوف.

الاتجاه الثالث:

القول بصحة الوصية لوارث فى حدود الثلث دون توقف على إجازة الورثة.

والوارث الموصى له - فى حدود الثلث - شأنه شأن غير الوارث فإن الله سبحانه يقول: ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**﴾.

والوصية فى هذه الآية لم تنسخ، حيث لا نسخ بدون ناسخ، ولا سيما والآية تجعل الوصية للوالدين والأقربين «حقاً على المتقين». وهذا الحق يظل حقاً غير منسوخ.

بل إن الآية لتهدد بعد ذلك من يخالف العمل بها فى قوله تعالى: ﴿**فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عليم**﴾ [البقرة: ١٨١].

وإذا كان الله قد أعطى الإنسان ثلث ماله يتصرف فيه قبل وفاته كما أشار إلى ذلك حديث ذكرناه فى موضعه.

فإن الحرية الممنوحة لصاحب المال تقتضى أن يوجه هذا (الثلث) حيث شاء دون توقف على إجازة أحد ولو كان وارثاً، إذ الوارث لا يكتسب هذه الصفة إلا بعد وفاة المورث، ولا يملك حق القبول والرفض إلا فيما يملكه.

وقد أخذ قانون الوصية بهذا الاتجاه فصحح الوصية بثلث المال لوارث أو غير وارث دون توقف على إجازة الورثة.

وإذا جازت الوصية لغير (الأقربين) - فى حدود الثلث - دون إجازة الورثة.

فإنها تجوز للورثة والأقربين من باب أولى، إذ الأقربون أولى بالمعروف.

ونرى أن لهذا الاتجاه وجاهته للأسباب الآتية:

١ - قد تكون الوصية لوارث - فى بعض الأحيان - هى العدالة، والعدالة هنا ليست عدالة مادية، ولكنها «عدالة التوازن» فى حياة الورثة:

فقد يكون أحدهم مريضاً عاجزاً عن الكسب، أو صغيراً لم تتوفر له أسباب التربية والتعليم كما توفرت لإخوته.. أو أكثر براً بأبيه أكثر من إخوته. فتأتى الوصية لتدارك ما لم تقدر قواعد الميراث أن تدركه.

٢ - لا تتعارض الوصية لوارث مع قواعد العدالة والمساواة بين الأولاد أو بين الورثة بوجه عام.

إذ أن ا لوالد (المورث) إذا اتصف بالعدل فإن غايته من الوصية - فى هذه الحالة - ستكون إقامة (العدالة الإنسانية) بين أولاده بغض النظر عن التساوى فى أنصبتهم من التركة، وإذا اتصف بالظلم فلن يعدم من الوسائل الأخرى - غير الوصية - ما يظلم بها ورثته ومحاباة بعضهم على حساب البعض الآخر.

٣ – إذا كانت الوصية لوارث تحتمل المحاباة وتفضيل بعض الأبناء على بعضم الآخر.

فإن الوصية لغير الوارث – وهى جائزة باتفاق – تحتمل رغبة الموصى فى حرمان ورثته من بعض تركته عن طريق الوصية لأجنبى.

ومن ثم فإن تصرفات الحى فى ثلث تركته – سواء أكانت لوارث أم لغير وارث – منوطة بضميره وعدالته، وهما مما لا يطلع عليه إلا الله الذى يقول ﴿ وَنَعْلَمُ مَا تُوَسْوِسُ بِهِ نَفْسُهُ ﴾ [ق: ١٦].

من «الأقربون» فى مشروعية الوصية؟

تطرق الفقهاء إلى تعريف القرابة عند كلامهم على الوصية للأقارب أو الهبة لهم.

وقد أخذت تعريفاتهم للقرابة الاتجاهات التالية:

١ – اقتصار القرابة على من كان من جهة الأب دون من كان من جهة الأم. وهذا يقصر القرابة على أربعة أباء فقط، فمن قال: أوصيت لقرابة فلان بكذا، فقد دخل فى هذه الوصية أولاد الموصى له، وأولاد أبيه، وأولاد جده، وأولاد جد أبيه.

غير أنه قد رويت رواية عن الإمام أحمد أن الوصية – فى هذه الصورة – تصرف أيضاً إلى قرابة أمه إن كان يصلهم فى حياته.

٢ – توسيع مدلول القرابة حتى تشمل قرابة الأم وقرابة الأب، لأن إطلاق لفظ (القرابة) يعنى قرابة ذى الرحم المحرم، وأما غيرها من الرحم غير المحرم فناقص.

ولا يدخل فى هذه القرابة الآباء[١] والأجداد والأحفاد، لا لبعدهم ولكن لأن لهؤلاء منزلة أقوى من القرابة، حتى قال «الحصكفى»: إن من قال للوالد إنه «قريبى» فهو عاق[٢]، إذ أن (الوالدية) أعم وأشمل من القرابة.

---

(١) المغنى لابن قدامه ٦/ ١١٨. (٢) الدر المختار ٥/ ٤٢٩.

وجاء فى بدائع الصنائع للكاسانى[1]: الوالد والولد لا يسميان قرابتين عرفا وحقيقة أيضاً، لأن الأب أصل، والولد جزؤه، والقريب من تقرب إلى الإنسان بغيره لا بنفسه.

وإذ جاء فى الوصية قول الله تعالى: ﴿ **الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ** ﴾، فإن العطف يقتضى المغايرة، حيث يكون ﴿ **الوالدان** ﴾ شيئاً و﴿ **الأقربون** ﴾ شيئاً آخر.

٣ – هذا الاتجاه قريب من الاتجاه السابق، لكنه يطلق القرابة على كل ذى رحم وإن كان بعيداً. سواء أكان محرماً أو غير محرم غير الأصول والفروع[2].

٤ – ويتوسع اتجاه فقهى آخر فيجعل القرابة أى قرابة وإن بعدت، حيث يدخل فيها الأب والأم وولد الصلب.

كما يدخل فيها الأجداد والأحفاد، وتشمل – كذلك – الزوجية والرضاع[3]، حيث إنه بين الرضاع والقرابة عموماً وخصوصا مطلق.

وقد اتفق العلماء على أن الرضاع يأخذ حكم النسب فى كثير من الأحوال.

وقد قال رسول الله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

وما دمنا قد ذكرنا (الرحم المحرم) و(الرحم غير المحرم)، فإن هذا يقتضى أن نقول إن المحارم تعنى كل شخصين لا يصح النكاح بينهما من القرابة النسبية، وقد جمعتهم آية النساء ﴿ **حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ... الآية** ﴾ [النساء: ٢٣].

فهؤلاء المذكورات فى الآية يحرم الزواج منهن.

أما غير المحارم فبقية القرابات غير من ذكرن فى الآية، فبنت الخال وبنت

---

(١) ج ٧/ ٣٤٩.
(٢) مغنى المحتاج للشربينى ٣/ ٦٣.
(٣) البدائع (السابق)، الأم ٦/ ١٠٢.

الخالة، وبنت العم وبنت العمة إن كن من «أولات الأرحام» فلسن من المحارم وبعد هذا التوضيح نقول:

أجمع المسلمون على مشروعية الوصية لغير الوارث، أما الوصية للوارث فقد جرى فيها اختلاف وتفصيل.

ولقد خص بعض العلماء أولى القربى بالوصية، فقالوا إنهم أولى بها من الأجانب لقوله سبحانه ﴿وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٨٠].

حتى قال بعضهم: إن أوصى الرجل لغير قرابته فقد ختم عمله بمعصيته.
وقال الحسن: إن أوصى لغير الأقربين ردت الوصية للأقربين. ولا تجوز الوصية لغير الأقربين مع ترك الأقربين.

كما جاء عن مالك والشافعى وأبى حنيفة وابن حنبل أن من أوصى لغير قرابته وترك قرابته محتاجين فبئسما صنع(١).

ولعل استنكار هؤلاء راجع إلى الوصية للأجانب مع ترك الأقارب غير الورثة.

فإذا كانوا ورثة فلا محل للاستنكار إذ يصلهم نصيبهم (المفروض) عن طريق الوراثة إذا لم يصلهم عن طريق الوصية.

ولقد أجمع أهل العلم على أن الوصية للوالدين اللذين لا يرثان – بأى سبب من أسباب المنع – والأقرباء الذين لا يرثون جائزة.

وقد قال ابن عباس إن نسخ الوصية للأقارب كان خاصاً بمن كان يرث بآية الفرائض.

وقد قيل أيضاً إن آية الفرائض لم تستقل بنسخ الوصية للوارث، ولكن بضميمة أخرى هى قوله ﷺ: «إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث».

ومعنى ذلك أن نسخ الوصية لوارث إنما كان بالسنة الثابتة لا بآية الفرائض.

---

(١) القرطبى ج٢/ ٦٤١.

ولولا الحديث لأمكن الجمع بين آية الميراث وآية الوصية بأن يأخذ الورثة المال عن المورث بالوصية وبالميراث إن لم يوص، أو ما بقى من الوصية لكن منع من ذلك الحديث والإجماع.

وقد قال ابن عباس والحسن: نسخت الوصية للوالدين بالفرض في سورة النساء ﴿ ... **وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ** ﴾. وثبتت هذه الوصية للأقربين الذين لا يرثون.

وفى البخارى: كان المال للولد، وكانت الوصية للوالدين، فنسخ الله من ذلك ما أحب، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس، وجعل للمرأة الثمن والربع، وللزوج الشطر (أى النصف) والربع[١].

وقد حكى ابن عبد البر إجماعاً فى عدم الوصية لوارث، ولكنه أطلق هذا الإجماع دون تقييد بإجازة الورثة مع أنه ذكر فى موضع آخر اتفاق الجمهور على أن الوصية للوارث موقوفة على إجازة الورثة.

وجمهور الفقهاء على عدم الوصية للوارث إلا إذا أجازها الورثة[٢].

ونعوذ فنذكّر بما ذكرناه سابقاً من أن التصرف فى ثلث التركة متروك لصاحبها، وقد جعل الله حرية التصرف فى هذا الثلث «صدقة» للموصى بنص الحديث «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم... الحديث». وأما حق الورثة المقرر لهم فإنه ثابت فى باقى التركة وهو الثلثان.

ترتيب الوصايا فى التنفيذ:

إذا أوصى الرجل بوصايا من حقوق الله قدمت الفرائض منها، سواء قدمها الموصى أم أخرها.

---

(١) القرطبى ج١/ ٦٤٠.
(٢) الاختيار ٤/ ١٢٨، الشرح الصغير ٤/ ١٨٢، مغنى المحتاج ٦/ ٥٨.

لأن الفريضة أهم من النافلة، فإن تساوت وقدم الموصى بعضها على بعض بما يفيد الترتيب بدىء بما قدمه الموصى.

المحاصة فى الوصية:

ويقصد بالمحاصة أن يأخذ كل فرد (حصة) من الوصية إذا كانوا أكثر من وصية.. فمن أوصى بوصايا تزيد على ثلث ماله ولم يجز الورثة تلك الزيادة، وكان الثلث يضيق بالوصايا فإن الموصى لهم يتحاصون (أى يشتركون) فى مقدار ثلث التركة بنسبة مالكل منهم، فيدخل النقص على كل منهم بقدر وصيته، فمن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالسدس ولم يجز الورثة فالثلث بينهما يقتسمان على قدر حقيهما كما فى أصحاب الديون الذين يتحاصون مال المفلس، وهذا أصل متفق عليه بين المذاهب[1].

* * *

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٧٤، المدونة ٦/ ٥١، المغنى ٦/ ١٥٩.

المبحث الرابع

الموصى به

الموصى به هو – فى الواقع – موضوع الوصية، حيث يكون طرفاها هما الموصى والموصى له.

أما الموصى به فهو محل العقد إذا كان العقد هو الوصية. ومن شروط صحة الوصية تحقق الشروط الآتية فى الموصى به:

١ – أن يكون مما يجرى فيه الإرث:

وهذا الشرط يفيد أن يكون الموصى به مالا أو متعلقاً بالمال، لأن الوصية إيجاب الملك أو إيجاب ما يتعلق بالملك من البيع والصدقة، وإذاً فإن محل الملك هو المال، فلا تجوز الوصية بغير المال.

وقد وردت تعريفات كثيرة للمال تفيدنا فى تحديد هذا الشرط، وتبين لنا المقصود بالمالية فى الموصى به.

فقد عرف الحنفية المال بأنه (ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، وتثبت المالية بتمويل الناس كافة أو بعضهم)[١]. وهذا التعريف يحدد المال بالسمات التالية:

(أ) ميل الناس له، وهذا الميل يمثله قوله تعالى: ﴿ وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا ﴾ وقوله: ﴿ ... وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ ﴾. والإسلام لا ينكر هذا الميل فى الإنسان بل يقره عليه ما دام يوظف المال فى وجوه الخير، حيث يقول رسول الله ﷺ: «نعم المال الصالح للرجل الصالح».

---

(١) رد المختار ٤/٣.

(ب) إمكان إدخار هذا المال لوقت الحاجة، وهذا الإمكان يفسر المالية فى المال لأنه يشير إلى حرص الإنسان عليه فى الحاضر والمستقبل ولا ينفى هذه المالية أن يكون المدخر مما يتسارع إليه الفساد كالخضر والسمك، فإن هذه الأشياء أيضاً مما يحرص عليه ويمكن ادخاره بوسائل الحفظ والادخار.

(جـ) كما لا ينفى المالية أيضاً أن بعض الناس لا يتمولون بعض الأشياء ذات القيمة، لأن الحكم فى هذا التمول هو حكم الغالب لا حكم الجميع.

وقد عرفه أيضاً الإمام الشاطبى - من المالكية - بقوله: «المال ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه»[1].

كما حكى السيوطى عن الشافعى قوله (لا يقع اسم المال إلا على ماله قيمة يباع بها، وتلزم متلفه، وإن قلت، وما لا يطرحه الناس[2] وقال الحنابلة: المال شرعا ما يباح نفعه مطلقا، أى فى كل الأحوال، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة[3].

وهذه التعريفات - على اختلافها - تلتقى فى أن للمال قيمة يحرص الإنسان عليها، وله منفعة تحدد الغاية من هذا الحرص، وله احترام يجعل الشريعة تصونه من الائتلاف.

وهذا الشرط الأول فى الموصى به وأن يكون مالاً يقتضينا الكلام عن صحة الوصية فيما يلى:

الوصية بالمنافع:

ويقصد بالمنافع ما يبتغيه الإنسان من المال، فالغاية من تمول المال تكمن فى قصد الانتفاع بها.

وإذن فإن سكنى الدار واستعمال الثياب وركوب السيارات من المنافع.

---

(١) الموافقات ٢/ ١٠.

(٢) الأشباه والنظائر/ ٣٢٧.

(٣) شرح منتهى الإرادات ٢/ ١٤٢.

وقد اختلف الفقهاء فى مالية المنافع على قولين:

القول الأول:

وهذا القول للحنفية الذين يرون أن المنافع ليست أموالا فى ذاتها، لأن صفة المالية للشىء إنما تثبت بالتمول.

والتمول يعنى صيانة الشىء وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى زمانين لكونها أعراضا، فكما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى، فلا يتصور فيها التمويل. ومع ذلك فإن الحنفية أنفسهم يعدون المنافع أموالاً إذا ورد عليها عقد معاوضة كالإجارة[1].

فمن أجر داره للسكنى فقد حول هذه السكنى إلى مال يجوز التعاقد عليه، وكذلك الإجارة على ركوب السيارات وغيرها.

القول الثانى:

وهو لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الذين يرون أن المنافع أموال بذاتها، لأن الأعيان لا تقصد لذاتها بل لمنافعها.

فالسيارة لمنفعتها وهى الركوب، والدار لمنفعتها وهى السكنى، والأرض لمنفعتها وهى الزراعة وهكذا.

وعلى ذلك جرت أعراف الناس ومعاملاتهم.

وقد نشأ اعتبار المنفعة ما لا حيث جعلها الشرع مقابلة بالمال فى عقد الإجارة وهو من عقود المعاوضات المالية.

كما جعل المنفعة مالا فى عقد النكاح، حيث قال شعيب لموسى عليهما السلام: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧]

فقد جعل الخدمة – وهى منفعة – مالاً يجوز أن يكون مهراً فى عقد

(١) المبسوط ١١/ ٧٨، ٧٩.

النكاح. ويترتب على عدم اعتبار المنافع أموالاً تضييع لحقوق الناس، وإغراء للظالمين بالاعتداء على منافع الأعيان التى يملكها غيرهم.

وبناء على هذا التصور للمنافع، والقول بماليتها حتى عند الأحناف الذين يحولون المنافع إلى أموال إذا ورد عليها عقد من عقود المعاوضة كالإجارة.

فإنه تجوز الوصية بالمنافع كسكنى الدار وركوب السيارات وغير ذلك من سائر المنافع.

وهذا ما جرى عليه قانون الوصية، فإذا كان قد جاء فى مادته العاشرة (بند ١) فى شروط الموصى به (أن يكون مما يجرى فيه الإرث، أو يصح أن يكون محلاً للتعاقد حال حياة الموصى).

فقد جاء فى المادة الحادية عشرة أنه (تصح الوصية بالخلو والحقوق التى تنتقل بالإرث ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر).

ومن هنا نجد أن القانون قد أجاز الوصية بحق المنفعة المملوكة للمستأجر فى حال وفاته قبل انتهاء مدة الإجارة.

ومن هنا فإن الموصى له يصير صاحب حق فى الانتفاع بالعين المؤجرة بعد وفاة الموصى.

وعلى ذلك فإن المنافع ينظر إليها – بهذا الاعتبار – على أنها (مما ينتقل بالإرث) وهو الشرط الأول، وتعتبر أموالاً بحد ذاتها، حيث يجوز المعاوضة عنها بالمال، كمال أنها صالحة لأن تثبت دينا فى الذمة، ومن هنا فقد جاز التعاقد عليها.

الوصية بالدين:

الدين هو لزوم حق فى الذمة، وقد يكون محله مالا كما يكون عملا أو عبادة من صوم وصلاة وحج.

فإذا كان الدين الشاغل للذمة ماليا، فقد رأى الحنفية أنه لا يعد مالاً حقيقيًّا إلا على سبيل المجاز.

إذ يكون هذا الدين عبارة عن وصف شاغل للذمة، ولا يتصور قبضه حقيقة.

ولكن نظرا لأنه سيصير مالا بعد ذلك، فإنه يسمى مالا على سبيل المجاز[1]

ومن الفقهاء - غير الحنفية - أيضاً من قال بأن المالية من صفات الموجود، والدين - في الواقع - ليس موجودا في الحال.

فمن كان له ديون على الناس فإنه لا تجب عليه الزكاة في هذه الديون لعدم وجودها فعلا.

ولكنهم - من طريق آخر - يقولون بأن من حلف أنه لا مال له، وله دين حال على رجل موسر، فقد حنث في يمينه.

وهذا يدل على أن الدين المضمون مال، لأن الدين الحال هو ما يجب أداؤه عند طلب الدائن، ويقال له (الدين المعجل) أيضاً.

ومما يدخل في الوصية بالدين ما يسمى تمليك الدين للمدين، وهو يختلف بحسب حال الدين ومدى استقرار ملك الدائن عليه.

فإذا كان ملك الدائن على الدين مستقرا كغرامة المتلف وبدل القرض وثمن المبيع ونحو ذلك فلا خلاف بين الفقهاء في جواز تمليكه لمن هو عليه بعوض أو بغير عوض[2].

وقد استثنى الحنفية من قاعدة عدم جواز تمليك الدين لغير المدين ثلاث حالات، منها الوصية، فإن الوصية تصح بالدين لغير المدين، لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فينتقل الملك فيه كما ينتقل بالإرث.

٢ - أن يكون الموصى به مالا متقوما:

وهذا هو الشرط الثاني من شروط الموصى به، فلا يكفي أن يكون الموصى به مالا - مجرد مال - بل لابد أن يكون مالا متقوما عند المسلمين.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم/ ٣٥٤.

(٢) المجموع شرح المهذب ٩ / / ٢٧٤، الأشباه والنظائر/ ٣٣١ .

ولقد جاء فى المادة الثالثة من قانون الوصية أنه يشترط فى صحة الوصية ألا تكون بمعصية، وألا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع.

فاشتراط التقوم فى المال الموصى به تناسق مع اشتراط عدم منافاة الوصية لمقاصد الشارع.

ويقصد بالمال المتقوم ما يباح الانتفاع به شرعا فى حالة السعة والاختيار وهذا بعكس المال غير المتقوم الذى لا يباح الانتفاع به شرعا.

كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم، أما بالنسبة لغير المسلم فهما من المال المقتوم.

لأن غير المسلم لا يعتقد حرمتهما، وقد أمرنا الإسلام بأن نترك غير المسلمين وما يدينون.

على أنه لا تلازم بين التقوم وبين المالية (عند الحنفية)، فقد يكون الشىء متقوما يباح الانتفاع به، ولا يكون مالا كحبة واحدة من القمح ولقمة صغيرة من الخبز، وقبضة قليلة من التراب.

فهذه الأشياء إن كان يباح استعمالها إلا أنها لتفاهة قيمتها – لا تعد مالاً وقد قال ابن عابدين (الفقيه الحنفى): المال أعم من المتقوم، لأن المال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح كالخمر، والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمر مال ولكنه غير متقوم[1].

وبناء على ذلك فلا تصح الوصية بالمال غير المتقوم كالخمر، فالخمر وإن كانت مالا، فقد أهدر الإسلام قيمتها.

فليس للمسلم أن يوصى لمسلم بكمية من الخمر أو قطيع من الخنازير، فلا يوصى بها الموصى، ولا يقبلها الموصى إليه.

---

(١) رد المختار ٤/ ٣.

فإذا جاز لغير المسلم أن يوصى بالخمر طبقا لما يراه فى شريعته، فلا يجوز له أن يوصى بها للمسلمين، لأنها - عندهم - مال غير متقوم غير مضمون بالإتلاف.

وضابط التقوم فى المال شرعا - كما ذكرنا - هو حل الانتفاع بالمال فى حالة الاختيار والسعة.

ومعنى ذلك أن الضرورة التى تدفع الإنسان إلى الانتفاع بغير المباح لا تحوله إلى مباح فى كل الحالات.

فقد حرم الله الخمر فى حال السعة والاستغناء، ثم قال: ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [المائدة: ٣].

فإن الإقدام على شرب الخمر فى حال الضرورة لا يجعل الخمر متقوما بعد أن كان متقوما، لأن الضرورة إن أباحت المحظور، فإنه يبقى على حظره، وتبقى الضرورة استثناء من هذا الحظر.

٣ - أن يكون الموصى به موجودا[١]:

بينا أن الموصى به هو محل العقد فى الوصية، كما بينا أنه كما يكون لكل عقد إيجاب وقبول، فإن لعقد الوصية قبولا يصدر من الموصى له بعد وفاة الموصى. وهنا نقول إن اشتراط وجود محل العقد يختلف باختلاف العقود وطبيعة كل منها:

ففى عقد البيع مثلا اتفق الفقهاء على ضرورة وجود محل العقد، ولا يجوز بيع مال لم يوجد لقوله ﷺ: «لا تبيع ما ليس عندك»[٢].

ولكن الفقهاء قد استثنوا من بيع المعدوم عقد السلم، وذلك لحاجة الناس

---

(١) تنص المادة العاشر (بند / ٣) من قانون الوصية على وجوب وجود الموصى به فى ملك الموصى إن كان معينا بالذات.

(٢) جامع الترمذى ٤ / ٤٣٠.

إليه. كما فرقوا - فى اشتراط وجود محل العقد - بين ما يسمى بعقود المعاوضة وعقود التبرع.

فقالوا بعدم جواز العقد فى حالة انعدام المحل وذلك فى عقود المعاوضات.. أما فى عقود التبرع فإنها تجوز مع عدم وجود المحل.

ومن هذه العقود الأخيرة (عقود التبرع) عقد الهبة، فإنه يجوز فيه أن يكون موضوع العقد (الموهوب) غير موجود، بل دينا فى الذمة، أو غير معلوم فعلاً.

وقد قال المالكية إن الغرر (أى الجهالة) فى الهبة لغير الثواب جائز، فمن وهب لرجل ما يرثه من فلان، وهو لا يدرى كم يرث، هل هو نصف أم ربع أم سدس.. فذلك جائز(١).

وفى الوصية بالمعدوم ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى صحة الوصية به مطلقا لأنه يقبل التمليك فى حال حياة الموصى فتصح الوصية به. وذهب الحنفية إلى أنه تجوز الوصية بالمعدوم إذا كان قابلا للتمليك بعقد من العقود.

ولهذا قالوا بجواز الوصية فيما تثمر النخيل فى هذا العام مثلا مع أن هذا الثمر لم يوجد بعد، كما تصح الوصية بالصوف على ظهر غنمه وباللبن فى ضرعها.

وذلك لأن الموصى به يقبل التمليك حال حياة الموصى بعقد المعاملة. أما الوصية بما تلد أغنام الموصى فإنها لا تجوز استحسانا، لأنه لا يقبل التمليك حال حياة الموصى بعقد من العقود(٢).

بخلاف الوصية بثمرة البستان والشجر فإنها جائزة لأن الوصية تجوز فيما يجرى فيه الإرث أو فيما يدخل تحت عقد من العقود فى حالة الحياة.

---

(١) جواهر الإكليل ٢/ ٢١٢

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/ ٤١٦.

وعدم جواز الوصية بما فى بطون الأنعام راجع إلى أنه لا يجرى فيه الإرث ولا يدخل تحت عقد من العقود فلا يدخل تحت الوصية.

وجود الموصى به ووجود الموصى:

اشتراط وجود الموصى به يتعلق بحياة الموصى وموته على النحو التالى:

١- إذا كان الموصى به موجودا فى حال حياة الموصى، ثم هلك الموصى به، ومات الموصى، فقد بطلت الوصية، لأن الأصل فيها أنها مضافة إلى ما بعد الموت ولا شىء تنفذ فيه هذه الوصية.

٢- إذا أوصى بالمعدوم حال حياته كما فى البطن والضرع وبما على الظهر من صوف ثم مات، وظهر نتاج فى البطن أو لبن فى الضرع أو صوف على الظهر فإن الوصية جائزة. كما لو أوصى ببستانه يوم يموت، وليس له بستان، ثم اشترى بستانا فمات فالوصية جائزة، لأن الوصية بالمال إيجاب الملك عند الموت، فيراعى وجود الموصى به وقت الموت. والقياس بطلان هذه الوصية لأنها وصية بمعدوم، ولكنها تجوز استحسانا لأن للوصية طبيعة تختلف عن طبيعة عقود المعاوضات.

٣- إذا أوصى - حال حياته - بشىء موجود وشىء سيحدث فيما بعد، ثم مات.. فإن الموجود يدخل تحت الوصية، أما الذى يحدث بعد الموت لا وقت الموت فإنه لا يدخل تحت الوصية قياسا، وإن كان يدخل استحسانا.

وجه القياس أن الثمرة بمنزلة الولد والصوف واللبن، والوصية بشىء من ذلك لا يتناول الحادث.

أما وجه الاستحسان فإن الوصية تحتمل الموجود فى الحاضر والحادث فى المستقبل، وفى حمل الوصية عليه تصحيح العقد ويمكن تصحيحه لأن له نظيرا من العقود وهو الوقف والمعاملة[١].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ج٧/ ٣٥٤، وما بعدها.

غلة الموصى به بعد وفاة الموصى:

أشرنا إلى أن الوصية تنفذ بعد موت الموصى لأنها تمليك لما بعد الموت.

وينتقل ملك الموصى به إلى الموصى له مباشرة إذا تم قبول الموصى له للوصية بعد وفاة الموصى.

ولكن ماذا لو تأخر قبول الموصى له للوصية بعد موت الموصى؟

وماذا لو كان للموصى به غلة نتجت فى المدة ما بين وفاة الموصى وقبول الموصى له؟

هل تكون هذه الغلة من حق الموصى له أم تكون من حق الورثة؟ بمعنى لو كان الموصى به بقرة فولدت، أو كان شجرا فأثمر. فلمن يكون هذا النتاج أو هذا الثمر؟ يكون ذلك على ثلاثة أقوال:

الأول: أن الغلة الحادثة بعد موت الموصى وقبل قبول الموصى له تكون للموصى له.

لأن الموصى له يملك الموصى به بالموت، ويثبت الملك بالقبول. ومعنى ذلك أن الموصى به يصير ملكا للموصى له بعد وفاة الموصى مباشرة مادام قد صدر القبول.

وأن يترتب على هذه الملكية أن يكون الموصى به وما يتولد عنه من غلة أو ثمر ملكا للموصى له.

الثانى: أن الغلة التى تحدث بعد وفاة الموصى وقبل قبول الموصى له تكون للورثة.

لأن الملك فى الوصية لا يثبت للموصى له إلا بقبوله بعد الموت، فتكون الغلة للورثة لأنها تنمو فى ملكهم.

الثالث: أن يأخذ الموصى له ما أوصى به الموصى، ثم يأخذ ثلث الغلة الحادثة بعد ذلك، ويترك الثلثين للورثة.

لأن المعتبر فى تنفيذ الوصية الأمران معا (وقت الموت ووقت القبول)[1].

ونرى ترجيح القول الأول، إذ أن ملكية الموصى له للموصى به يجب أن تنفذ بعد وفاة الموصى مباشرة.

وإذا كانت الوصية مقدما على حقوق الورثة فى التركة، وإذا لم يكن اشتراط القبول من الموصى له متفقا عليه من جميع الفقهاء، فإن ملكية الموصى له ثابتة فى الموصى به، وتثبت كذلك فى الغلة الناتجة عنه تبعا له.

* * *

---

(١) بدائع الصنائع ٧ / ٣٣٤، الشرح الصغير ٢ / ٤٦٦، المغنى ٦ / ١٥٨.

الفصل الثالث

مقدار الوصية .. وإجازة الورثة

- المبحث الأول : مقدار الوصية .
- المبحث الثانى : إجازة الورثة .
- المبحث الثالث : الوصية الواجبة .
- المبحث الرابع : دراسة تطبيقية .

المبحث الأول

مقدار الوصية

الأصل فى تحديد المقدار:

حددت السنة الحد الأعلى للوصية بالثلث لحديث سعيد بن أبى وقاص قال: (كان رسول الله ﷺ يعودنى عام حجة الودائع من وجع اشتد بى، فقال: إنى قد بلغ بى من الوجع، وأنا ذو مال، ولا يرثنى إلا ابنة، أفأتصدق بثلثى مالى؟ قال: لا، فقلت: بالشطر - أى بالنصف - فقال: لا، ثم قال: الثلث، والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس»[1].

ويحمل هذا الحديث فى ثناياه الإشارات التالية:

١ - رغبة سعد فى الوصية لغير أبنته التى ترثه وهو فى مرض قد يظن أنه مرض الموت.

٢ - البدء فى الترجمة عن هذه الرغبة بالوصية بثلثى المال لا بالمال كله، حفاظا على حق ابنته فى جزء من ثروته، وهو الثلث الباقى.

ولعل هذا كان قبل آية الميراث التى تحدد النصف للبنت المنفردة فى قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾.

٣ - إقرار سعد على الوصية بالحد الأقصى وهو الثلث على الرغم من أن الثلث أيضاً كثير.

٤ - الحكمة فى عدم قبول الوصية بأكثر من الثلث تتمثل فى قوله ﷺ: «إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس».. وكأن المقدار الذى يخرج بهذه الوصية إنما يخرج أصلا من أنصبة الورثة. ولكن لأن

---

(١) أخرجه البخارى (فتح البارى ٣/ ١٦٤، صحيح مسلم ٣/ ١٢٥٠.

الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، أو هى التبرع بالمال بعد الموت، فهى مستحبة بجزء من المال (لمن ترك خيرا) فى حق من لا يرث.

وقد حدد الشرع حدودها بعدم الزيادة على الثلث.

بل إننا نستطيع أن نفهم من قول الرسول ﷺ : « والثلث كثير » أنه رغب فى التقليل من الثلث، وذلك لتجنب الإسراف وإيقاع الضرر بالورثة.

ومن هنا أثر عن ابن عباس قوله: « لو غض الناس إلى الربع، لأن رسول الله ﷺ قال: « الثلث والثلث كثير »[1].

وكان ابن عباس أخذ ذلك من وصفه ﷺ الثلث بالكثرة. والمعروف - كذلك - فى مذهب الشافعى استحباب النقص عن الثلث، أما الزيادة عن الثلث فقد نقل عن ابن حزم أنها غير جائزة سواء أكان للموصى وارث أم لم يكن له، وسواء أجاز الورثة أم لم يجيزوا.

فلا تخلو تلك الزيادة قلت أو كثرت من أن تكون من حق الموصى أو تكون من حق الورثة.

فإن كانت من حق الموصى فما زاد على ذلك فمن حقه أيضاً فينبغى أن ينفذ، وإن كانت من حق الورثة فلا يحل للموصى أن يحكم فى مالهم[2].

وقد صح عن عبدالله بن مسعود أن من لا وارث له فله أن يوصى بماله كله حيث قال: (إنكم من أحرى حى بالكوفة أن يموت أحدكم فلا يدع عصبة ولا رحما، فلا يمنعه إذا كان ذلك أن يضع ماله فى الفقراء والمساكين).

وقد احتج المجيزون بالزيادة عن الثلث أن نهى الرسول ﷺ عن الثلث كان فيمن ترك الورثة، فإذا لم يكن له ورثة فقد ارتفعت العلة فله أن يوصى بما شاء. ولا يقبل ابن حزم هذا التعليل - (وهو ترك الورثة أغنياء) - صحيحا لكان من

---

(١) صحيح البخارى كتاب الوصايا/ ٢٧٤٣.

(٢) المحلى لابن حزم ج٩/ ٣١٧.

ترك ابنا واحدا وترك ثلاثمائة ألف دينار – مثلا – يكون له أن يوصى بنصف تركته ويترك النصف الآخر لأبنه وهو مبلغ كبير كفيل بأن يجعله غنيا.. وهذا باطل.

فيكون تحديد الثلث هو الحد الأقصى للوصية قل المال أو كثر أو كان فيه للورثة غنى أو لم يكن.

وإذا كان الثلث هو الحد الأعلى للوصية إذا كان للميت وارث، فليس هناك حد أدنى مع استحبابهم الأقل من الثلث.

وقد ذكر صاحب (المغنى) أن الأفضل للغنى الوصية بالخمس، ونحو ذلك يروى عن أبى بكر وعلى بن أبى طالب[1].

لكن من الذين يقولون بأن من أوصى بكل ماله ولا عصبة له فجائز، أما إذا ترك وارثا وإن كان لا يرث المال كله، فليس له الوصية بأكثر من الثلث لأن سعدا قال للنبى ﷺ: «لا يرثنى إلا ابنتى» فمنعه النبى ﷺ من الزيادة على الثلث.

وقد أجمع العلماء على أن من مات وله ورثة، فليس له أن يوصى بجميع ماله، وروى عن عمرو بن العاص أنه قال حين حضرته الوفاة لأبنه عبدالله: إنى قد أردت أن أوصى، فقال له: أوص ومالك فى مالى، (أى لا توص بمالى)، فدعا كاتبا فأملى عليه وصيته، فقال عبدالله: ما أراك إلا قد أتيت على مالى ومالك، ولو دعوت أخوتى فاستحللتهم.

أى أنه ما دام قد زاد فى وصيته على الثلث، فقد أوصى فى حق أولاده، ومن ثم فإن لهم أن يجيزوا الوصية أو يردوها.

بين الوصية والهبة فى المقدار:

رأينا أن الوصية لا تزيد على ثلث التركة، وبخاصة إذا كان للموصى ورثة يجيزون الزائد أو يردونه.

---

(١) ابن عابدين ٥/ ٤١٧، المغنى ٦/ ١٠٧.

ولكن الهبة لا تحدد بمقدار معين، فإن للواهب – حال صحته – أن يهب ما يشاء من ثروته لمن يشاء من الناس عملا بمبدأ حرية التصرف فيما يملكه الإنسان حال حياته وحال صحته.

وقد كان لنا أن نفهم من قول الرسول ﷺ: «لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» حرص الرسول على مصلحة الورثة، سواء أكان ذلك فى الهبة أم فى الوصية.

وأن ينسحب هذا المقصد إلى تحديد مقدار الهبة كما حدد مقدار الوصية، فيجعل حدود هذا المقدار – فى الهبة أيضاً – الثلث، ولا يزاد على الثلث.

لكن هذا الفهم المتبادر إلى الذهن فهم عقلى نظرى يرد عليه ما يأتى:

١ – المعتبر فى التبرعات كالهبة والصدقة وقت العقد، فإن كان الواهب صحيحا فإنها تجوز فى جميع المال، وإن كان مريضاً فإنها لا تجوز إلا فى الثلث كالوصية لأن الهبة والصدقة كل واحد منهما إيجاب الملك للحال، فيعتبر فيهما حال العقد فإذا كان صحيحا فلا حق لأحد فى ماله، فيجوز من جميع المال، وإذا كان مريضا كان حق الورثة متعلقا بماله فلا يجوز إلا فى قدر الثلث سواء أكان هبة أم كان وصية، لأن للورثة حقا فيما وراء الثلث فى مال مورثهم المريض مرض الموت[١].

٢ – المعتبر فى الوصية أنها تبرع، ولكنه مضاف إلى ما بعد الموت، والموت كفيل بنقل الثروة من ملك صاحبها الأصلى إلى ملك ورثته، فكأن الموصى يتصرف فى ملك غيره.

ولكن الرسول ﷺ سمى التصرف فى ثلث الثروة لما بعد الموت «صدقة» يتصرف فيها المالك مؤجلا هذا التصرف إلى ما بعد الموت.

وعند هذا الأجل فإن حق الورثة متعلق بمال المورث إلا فى قدر الثلث، والزيادة على الثلث تتضمن إبطال حق الورثة.

---

(١) بدائع الصنائع ج٧/ ٣٦٠.

٣ – الأصل حرية الإنسان فيما يملك، والواهب يتصرف فى ملكه الخاص دون قيود على هذا التصرف.

صحيح أن النتيجة فى الهبة والوصية فيما زاد على الثلث واحدة وهى وجود ورثة (فقراء يتكففون الناس).

لكن تصرف الموصى فيما زاد على الثلث تصرف فى ملك غيره وهم الورثة، أما تصرفه فى الهبة فإنه تصرف فى ملك نفسه.

ولكن يبقى أن نقول إن هبة المال كله – وإن كانت فى حياة الواهب وفى صحته، وإن كانت أيضاً فيما يملك – فإنها لا تستحب شرعا إن كان لهذا الواهب ورثة يتوقعون أنصبتهم من التركة بعد وفاة مورثهم على أن الورثة إذا أجازوا ما زاد على الثلث، فقد أسقطوا حق أنفسهم وكان ذلك الإسقاط بمثابة الهبة من عندهم[١].

٤ – هناك فرق بين تقرير الحق فى الشريعة، وبين استخدام هذا الحق، كما أن هناك فرقا بين التصرف وبين النية من وراء هذا التصرف. فقد يكون التصرف مباحا كتصرف المالك فى ماله بالهبة أو بالبيع، فإذا كان من وراء ذلك نية فى حرمان الورثة من مال مورثهم فهذا حرام يحدده مبدأ الثواب والعقاب فى الآخرة لا قانون تنظيم التصرفات فى الحياة الدنيا.

التبعيض فى الوصية:

يقصد بالتبعيض.. التجزئة، أى جعل الوصية أجزاء، ومثله التفريق أى التفريق بين أنصبة الموصى لهم وحكم هذا التبعيض يختلف باختلاف ما يتعلق به، فتبعيض العبادات مثلا غير تبعيض المعاملات والدعاوى والجنايات وغيرها.

وقد انبنت على هذا التبعيض قواعد فقهية مثلا (ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله)، ومثل: (ما جاز على البدل لا يدخله تبعيض فى البدل والمبدل منه معا).

---

(١) القرطبى ٢/ ٦٤٢.

وقد اتفق الفقهاء على جواز التبعيض فى الوصية إذا كانت بجزء شائع. فمن أوصى بجزء من ماله ولم يبين مقدار هذا الجزء، فإن بيانه يكون بعد ذلك إلى الورثة، ولهم أن يعطوا الموصى إليه أى جزء ولو كان قليلا، لأن الجهالة فى الجزء تعنى القليل كما تعنى الكثير، والوصية لا تمتنع بالجهالة لأن حقيقتها تصرف المالك فى (جزء) من حقوقه.

وكذلك يجوز التبعيض فى جزء معين من المال كمن يوصى بنصف داره لشخص وبالنصف الثانى لشخص آخر، أو يوصى بلحم بقرة معينة لرجل وبجلدها لرجل آخر، أو بقمح فى سنبله لرجل وبالتبن لرجل آخر.

فعلى الموصى لهما أن يتقاسما الموصى به حسب البيان، فيذبحا البقرة مثلا ويأخذ أحدهم اللحم ويأخذ الآخر الجلد، أو يدرسا القمح فيأخذ أحدهما الحبوب ويأخذ الآخر التبن وهكذا.

ولو كانت البقرة حية فأجرة الذبح على صاحب اللحم خاصة، لأن الذبح لأجل اللحم لا لأجل الجلد[1].

وفى المغنى: إذا أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصّه صح، وليس لواحد منهما الانتفاع به إلا بإذن صاحبه، وأيهما طلب قلع الفص من الخاتم أجيب إليه، وأجبر الآخر عليه[2].

تخارج الموصى له ببعض الوصية:

وإذا جاز تبعيض الوصية وتفريقها على أكثر من شخص كما بينا فإن للموصى له أن يتخارج مع شركائه فى الوصية أو مع الورثة عن نصيبه الموصى له.

فيأخذ شيئاً نظير أن يترك شيئاً آخر، أو يتنازل عن بعض نصيبه فى الوصية فى مقابل نصيب آخر.

---

(١) ابن عابدين ٥/ ٤٢٩.   (٢) المغنى ٦/ ٦٤.

والحكم في ذلك كالحكم في تخارج الورثة مع أحدهم من اعتبار كون البدل نقدا أو غيره.

فمن أوصى له بسيارة مثلا فإنه يستطيع أن يتخارج بثمنها أو أقل من ثمنها، ومن أوصى له ببيت فإنه يستطيع أن يتنازل عنه في مقابل قطعة أرض وهكذا. وفي كيفية تخارج الورثة مع الموصى له يرسم «ابن عابدين» صورة لذلك بقوله:

رجل أوصى لرجل بدار وترك ابنا وابنة فصالح الابن والأبنة الموصى له بالدار على مائة درهم.

قال أبو يوسف: إن كانت المائة من مالهما غير الميراث كانت الدار بينهما نصفين، وإن صالحاه من المال الذى ورثاه عن أبيهما كان المال بينهما أثلاثا، لأن المائة كانت بينهما أثلاثا[1].

وذكر غيره في باب الحيل: إن كان الصلح عن إقرار كانت الدار الموصى بها بينهما نصفين، وإن كان الصلح عن إنكار فعلى قدر الميراث. فالصلح عن إقرار كأن يدعى أحدهما على الآخر دارا مثلا، فيقر له بها، ثم يصالحه منها على أرض أو على دار أخرى... وهذا جائز باتفاق الفقهاء وكأنه بيع لأنه مبادلة مال بمال.

أما الصلح عن إنكار كأن يدعى شخص على آخر شيئا، فينكره المدعى عليه ثم يصالح عنه.

وقد أجاز جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية هذا النوع من الصلح بشرط أن يكون المدعى معتقدا أن ما ادعاه حق، والمدعى عليه يعتقد أن لاحق عليه، فيتصالحان قطعا للخصومة والنزاع.

الأصل في تحديد الوصية بالثلث:

نقل عن ابن عبدالبر إجماع الفقهاء على جواز زيادة الوصية على الثلث إذا أجازها الورثة، وإذا لم يجيزوها فلا ينفذ منها إلا الثلث[2].

---
(١) ابن عابدين: ٤/ ٤٨٢.
(٢) التمهيد ٨/ ٣٨٤.

ولكن ادعاء الإجماع هنا منقوص بما نقل عن الظاهرية الذين يقولون بعدم جواز زيادة الوصية على الثلث، سواء أجازها الورثة أم لم يجيزوها. كما أنهم لم يجيزوا الوصية لوارث مطلقا حتى ولو أجازها بقية الورثة. وحجة الظاهرية فى ذلك ما روى عن قصة سعد بن أبى وقاص وأن الرسول ﷺ منعه من الزيادة فى وصيته عن الثلث حيث قال له: «الثلث والثلث كثير»[1].

أما فى منع الوصية لوارث فلقوله ﷺ: «لا وصية لوارث» وقد سبقت معالجة هذه الجزئية.

وفهمهم من قول الرسول ﷺ «الثلث كثير» أن الثلث هو الغاية التى تنتهى إليها الوصية، ولا تزيد على الثلث.

وأن الغض - أى التقليل - عن الثلث أفضل لقوله: «... ولأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم «عالة يتكففون الناس».

وقد استحب - بناء على ذلك - للموصى أن يبقى الكثير لورثته ليتركهم أغنياء خير من أن يتركهم «عالة يتكففون الناس».

وجاء فى بعض كتب الأحناف أن الوصية مقدرة بالثلث للأجنبى مسلما كان أو كافرا بغير إجازة الورثة[2].

أما ما زاد على الثلث، أو الوصية للوارث فإنها تصح بإجازة الورثة، فإن زادت على الثلث وردها الورثة بطلت فى الزائد، وإن أجازوها فالإجازة نافذة.

ورأى الجمهور القائل بجواز الوصية فيما زاد على الثلث بإجازة الورثة أقرب إلى المعقول، فإن من ملك الحق ملك التنازل عنه، وهذا الجزء الذى زاد هو حق الورثة، فما داموا قد أجازوا الوصية به فقد تنازلوا عنه.

* * *

(١) انظر المحلى لابن حزم ٩/ ٣٦٧.
(٢) الاختيار ٤/ ١٢٨.

المبحث الثانى

إجازة الورثة للوصية

معنى الإجازة:

قبل أن نتكلم عن حق الورثة فى إجازة الوصية فيما زاد على الثلث يحسن أن نبين المعنى الفقهى العام للإجازة، وذلك لنربط بين هذا المعنى وبين الإجازة التى نحن بصددها فى الوصية.

فإن الإجازة – فى اللغة – هى الإنفاذ – فمن أجاز شيئاً فقد أنفذه، ولا يخرج استعمال الفقهاء للإجازة عن هذا المعنى اللغوى. وهى – بناء على هذا التعريف تشتمل على الأركان الآتية:

١ – المجاز تصرفه: وهو الذى يتولى التصرف، ولكن تصرفه لا ينفذ إلا بإجازة صاحب الحق الأصلى فى هذا التصرف.

بالعقود التى يتصرف فيها شخص بلا ولاية عليها كالفضولى تظل موقوفة حتى يجيزها. فما موقف الموصى من هذه الإجازة؟

هل هو متصرف – بالوصية – فى ماله الخاص فلا يحتاج إلى إجازة أحد؟ أم أن هذا التصرف كان فى حق الورثة فهو محتا ج إلى إجازتهم.

لتحليل هذا الموقف فإننا يجب أن ننظر إليه من جانبين:

الجانب الأول: أن الوصية مضافة إلى الوقت، والوقت هو وفاة الموصى، وإذا توفى الموصى، فقد انتقلت ملكية ثروته إلى ورثته، ولم يعد له سبيل إلى هذه الثروة بعد وفاته، حيث تقطع هذه الوفاة عمله وتبطل إرادته.. ومن ثم فإن تصرفه – قبل الموت بالوصية أو بغيرها – محتاج إلى إجازة الورثة فيما قل أو كثر فى الثروة التى انتقلت إليهم.

وإذن فإن حقه فى الوصية فى ثلث ماله – على هذا الاعتبار – يكون استثناء من قاعدة منع الإنسان من التصرف فى ملك غيره، كما يكون حقا قرره الشرع له ولم يقرره الورثة.

إذ أن رسول الله ﷺ قد سمى إباحة تصرف الإنسان بالوصية فى ملكه حال حياته «صدقة» تصدق الله به عليه.

الجانب الثانى: أن الإنسان مادام حيا صحيحا فإنه يملك التصرف فيما يملك بالبيع أو الهبة.. أو الوصية.

وإذا كان الإسلام قد أباح للمالك أن يتصرف فى ملكه كله بالهبة، فلم لا يبيح له هذه الحرية فى الوصية وهى نوع من التبرع وإن كان مضافا إلى ما بعد الموت؟

وقد يهدف هذا التساؤل إلى تقرير حق الموصى فى الوصية فى الثلث وفيما زاد على الثلث أيضاً.

ولكن مشروعية الإجازة قد أجابت عن هذا التساؤل إذ وقفت موقفا وسطا بين الحرية المطلقة للموصى فى تركته وبين الحق المطلق للورثة فى إمضاء الوصية أو منعها.

فقررت حق الإنسان فى التوصية بجزء من ماله فى حدود الثلث، كما قررت حق الورثة فى إجازة الوصية فيما زاد على الثلث..

وحق الموصى – كما نرى – يتقرر بتقرير الشرع استحسانا لا قياسا، إذ هو تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وطبيعته تقبل هذه الإضافة. وإذا كانت الوصية والإيصاء بمعنى واحد فى اللغة كما أشرنا إلى ذلك عند التعريف بالوصية.

فإن الفقهاء يفرقون بينهما فى الاستعمال:

فالإيصاء معناه أن يعهد إلى غيره بأن يقوم مقامه بعد موته، والوصية

تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وتستعمل غالبا فى الأموال وكلاهما يقبلان - بطبيعتهما - الإضافة إلى الوقت[1].

والأصل فى التصرفات أن يضيف الإنسان التصرف إلى نفسه، وأن يباشر هذا التصرف فيما يملكه.

ولكنه - استثناء - قد يضيف التصرف إلى غيره بغير إذنه كما فى الوصية، فإن كان هذا التصرف لا يحتاج إلى إذن هذا (الغير) كالوصية فهو صحيح.. وذلك - أيضاً - كتصرف الوصى فى شأن الموصى عليهم.

فإن من أوصى غيره ليقوم مقامه بعد موته فى رعاية أبنائه لا يحتاج الوصى فى تصرفاته إلى إذن الموصى عليهم.

لأنهم تحت وصايته، فتصرفاته - أى الوصى - تنفذ عليهم عملا بكلام الموصى.

وهذا أيضاً يصدق على الوصية بالمال حيث هى تصرف مضاف إلى الغير بإذنه.

بخلاف تصرف الفضولى المضاف إلى الغير بغير إذنه.. ولكنه محتاج إلى هذا الإذن ليصير تصرفا نافذا.

٢ - الركن الثانى فى الإجازة هو المجيز نفسه:

وهو من يملك التصرف أصلا، سواء أكان أصيلا أو وكيلا أو وليا أو وصيا.

وفى الوصية من حيث الجانبين اللذين عرضناهما فى السطور السابقة نجد أن صاحب الحق فى الإجازة هم ورثة الميت، فإذا لم يتقرر لهم الحق فى إجازة وصية الموصى كلها، فقد تقرر لهم الحق فى إجازة ما زاد على الثلث فيها.

---

(١) تبين الحقائق ٥/ ١٤٨، الخرشى ٨/ ١٩١، مغنى المحتاج ٣/ ٢٩.

و(المجيز) إن كان واحدا فإن إجازته ظاهرة، وإن كان أكثر من واحد فاتفقوا جميعا على إمضاء الوصية مضت، وإن لم يتفقوا مضت فى حق من وافق، ولم تمض فى حق من عارض.

إذ أن الإجازة فى الوصية مما يقبل التجزئة.

ويشترط فى المجيز لكى تصح إجازته أن يكون أهلا لمباشرة التصرف وقت الإجازة، فإن كان التصرف تبرعا وجب أن تتوفر فيه أهليته المتبرع كما فى الهبة والوصية فيما زاد على ثلث الثروة أو التركة.

٣ - محل الإجازة:

ومحل الإجازة فى الوصية هو التصرف نفسه، فيشترط أن يكون هذا التصرف صحيحاً قابلاً للإجازة كهبة المريض مرض الموت فيما زاد على الثلث.

كما يشترط أن يكون الموصى به - وهو محل العقد - قائما وقت الإجازة فإن فات هذا المحل فلا معنى للإجازة.

وقد اتفقت كلمة الحنفية على أن الإجازة لا تلحق أفعال الإتلاف أيضاً فليس للموصى - مثلا - أن يهب من مال الصغير لأن الهبة إتلاف.

وهذا بخلاف الموصى فى ماله، فليست وصيته إتلافا للمال، ولكنه مجرد تبرع بهذا المال أو بجزء منه، وإن أضاف هذا التبرع لما بعد الموت.

٤ - صيغة الإجازة:

تتحقق الإجازة بطرق متعددة. منها:

القول: والأصل فى الإجازة أن تكون بالقول المعبر عنها كقول الورثة:

أجزنا الوصية، أو أمضينا الوصية، أو رضينا بالوصية، أو نحو ذلك مما يدل على إذنهم الصريح بها.

الفعل: وذلك بأن يقوموا بتنفيذ الوصية فعلا، فيسلموا الموصى إليه مقدار الوصية وإن كان زائدا على الثلث.

وهذا التسليم يعد موافقة صريحة على الإذن بما زاد عن الثلث فى الوصية.

القرينة على الرضا: فإذا صدرت الوصية من صاحبها فمضت مدة عليه، ثم مات الموصى وسكت ورثته فى الوقت الذى كانوا يملكون الكلام وتصرفوا فى التركة مستبعدين مقدار الوصية، فقد أجازوها.. وإذا أجازوها فليس لهم حق الرجوع فيها.

ونلخص هذا العرض فنقول:

١ - إجازة الورثة للوصية تتعلق بما زاد على الثلث فى التركة ولا تتعلق بالثلث أو أقل من الثلث.

٢ - تتعلق هذه الإجازة أيضاً فيما إذا كانت الوصية لوارث، وحول هذه الإجازة واشتراطها خلاف بين الفقهاء.

٣ - من صور الإجازة أن يتفق الورثة جميعا على الوصية، أو أن يوافق البعض ويرفض البعض الآخر.

ولعلنا نحتاج إلى دراسة تطبيقية لهذه الصور وهذه الحالات نعرضها فى مبحث تال.

* * *

المبحث الثالث

الوصية الواجبة

وجوب الوصية:

توصف هذه الوصية بالوجوب فى مقابل (الوصية الاختيارية)، إذ أن الأصل فى الوصية الاختيار.

وقد عرضنا فى المباحث السابقة حكم الوصية بوجه عام بين القول بوجوبها والقول باستحسانها...

لكن ليست هناك سلطة تشريعية تجبر المالك على إخراج جزء من ثروته إلى غير ورثته.

وإذن فإن الأصل فى الوصايا أنها اختيارية، وليس من بينها ما يجب بحكم القضاء وإن كان بعض الفقهاء قد ذهبوا إلى وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين لوجود ما يحجبهم أو يمنعهم من الميراث عملا بقوله تعالى: **﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾**.

وقد ذهب ابن حزم[1] إلى وجوب الوصية حتى رأى أن من مات ولم يكتب وصيته وجب التكفير عنه بصدقه تخرج من ماله اعتمادا على قول الرسول ﷺ: «ما حق امرىء مسلم له شىء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة».

حتى قال ابن عمر: «ما مرت علىّ ليلة منذ سمعت رسول الله ﷺ قال ذلك إلاوعندى وصيتى».

---

(١) المحلى ج٩، كتاب الوصايا/ ٣١٢.

وإذا كان ابن حزم قد رأى وجوب الوصية للقرابة الذين لا يرثون إما لرق وإما للكفر، وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون أصلا . . .

فإنه يضبط هذا الوجوب بعد ذلك بقوله[1] : ولا تحل الوصية لوارث أصلا فإن أوصى لغير وارث وصار وارثا عند موت الموصى بطلت الوصية له، فإن أوصى لوارث ثم صار غير وارث لم تجز له الوصية لأنها إذ عقدها كانت باطلة .

ولعلنا نفهم من قول القائلين بوجوب الوصية بوجه عام تلك الوصايا التى يوصى بها الإنسان قبل وفاته من أعمال الخير والبر، ومن توصية أولاده بتقوى الله، أو عدم البكاء عليه أو غير ذلك .

أما الوصية التى نحن بصددها فقد وجبت بإيجاب القانون لا بإيجاب الشرع .

ولقد وجد المشرع القانونى فى مصر أن هناك حالات اجتماعية فى حاجة إلى علاج قانونى عن طريق الوصية .

فكان أن أوجب هذه الوصية بحكم القانون، ونفذها كذلك بحكم القانون أراد المورث ذلك أمر لم يرد . .

وهو فى فلسفة ذلك يجعل هذا النوع من الوصية يأخذ حكم الميراث الذى ينتقل إلى الورثة دون اعتبار لإرادة المورث .

ولقد أباح قانون الوصية للشخص أن يوصى بتقسيم تركته بين الورثة ولو كان فى هذا التقسيم محاباة لبعضهم بشرط ألا تتجاوز المحاباة الثلث، وقد نصت المادة (١٣) من قانون الوصية على هذا حيث يقول :

(تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، وتكون لازمة بوفاة الموصى، فإذا زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية) . ويقرر القانون

---

(١) المسألة (١٧٥٢) .

أيضاً أن كل تبرع فى مرض الموت يعتبر وصية تتوقف على إجازة الورثة إن تجاوزت الثلث، وهو فى ذلك يتفق مع الشريعة.

الباعث على الوصية الواجبة:

رأى المشرع القانونى أن فى هذه الوصية تداركا لأحكام المواريث، واعتمادا على المفهوم من مقاصد الشريعة فى استقرار النفوس واستقرار الأسرة. وهو فى الوقت نفسه يرى أنه يعمل بالمفهوم من بعض نصوص القرآن والسنة، ويعتمد على رأى ابن حزم فى وجوب هذه الوصية. فقد يموت بعض الأشخاص فى حياة آبائهم فيحرم أبناؤهم وذريتهم من الميراث الذى كانوا يستحقونه لو كانوا على قيد الحياة عند وفاة مورثيهم ويترتب على ذلك أن يعيش الأحفاد فى حرمان، فى الوقت الذى يتمتع فيه أعمامهم بالثروة التى كان لأبيهم حق فيها.

وقد يولّد هذا لونا من الحقد والكراهية والشعور بالظلم والحرمان ومن هنا جاء قانون الوصية فى مواده من ٧٦، ٧٧، ٧٨ ليسد ثغرة رآها فى التطبيق.

خلاصة قانون الوصية:

نصت المادة (٧٦ سنة ١٩٤٦) على أنه: (إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته... وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث.

بشرط أن يكون غير وارث، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض عن طريق تصرف آخر قدر ما يجب له.

وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له الوصية بقدر ما يكمل.

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات، ولأولاد الأولاد وإن نزلوا.

على أن يحجب كل أصل فرعه دون غيره، وأن يقسم نصيب كل أصل

على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصول الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده، وكان موتهم مرتبا كترتيب الطبقات.

ومن منطوق هذه المادة نتبين ما يلى:

١ – أن الوصية لفرع الوالد الذى مات فى حياة أبيه تجب إذا لم يكن جده قد أوصى له بأى نوع من أنواع الوصية.

٢ – تعد هذه الوصية – من حيث أنها واجبة – ميراثاً يقسم كما تقسم التركة على مستحقيها.

٣ – إذ أفادت هذه المادة وجوبها فى هذه الحالة، فإنها نضبط الوجوب بعدم زيادته على الثلث لتركة إلا بإجازة الورثة.

٤ – إذا كان الجد قد أوصى لحفيده بمقدار أقل من نصيب والد هذا الحفيد، فإن الوصية تزداد إلى هذا النصيب إن كان فى حدود الثلث فإن زاد على الثلث رد إلى الثلث.

٥ – مقدار هذه الوصية الواجبة يقسم بين أولاد الفروع قسمة الميراث كما لو كان الجد – وهو الأصل – قد مات قبل الفرع.

ولقد نظمت المادة (٧٧) هذه الجزئية بانه إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية باكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية.

وعنصر (الاختيار) فيها أنها راجعة إلى إجازة الورثة، إن شاءوا قبلوها وإن شاءوا ردوها.

كما أنه (إنه أوصى له باقل من نصيبه وجب له ما يكمله).

وفى التنسيق بين الوصية الواجبة وسائر الوصايا تنص المادة (٧٨) على أن (الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا، فإذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية أو أوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة إن وفى، وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم).

شروط فى الوصية الواجبة:

نتبين من هذه المواد التى عرضناها أن القانون قد وضع الشروط التالية لنفاذ هذه الوصية:

١ - يشترط فى الفروع الذين يأخذون بطريق الوصية ألا يكونوا وارثين للمتوفى من أى طريق من طرق الوراثة.

فقد تتعدد صفات الفرع الوارث بحيث إذا لم يرث بصفة أن يرث بصفة أخرى غيرها.

فإن كانوا وارثين لا تجب الوصية الواجبة، وقد يأخذون بوصية اختيارية.

فإذا توفى شخص عن بنت، وبنت ابن مات أبوها فى حياة والده، وبنت بنت ماتت أمها فى حياة هذا الوالد.

فإن البنت تأخذ نصف التركة فرضا، وبنت الابن تأخذ السدس (فرضا) تكملة للثلثين، ومن هنا لا تستحق شيئاً فى الوصية الواجبة، أى لا تأخذ نصيب أبيها.

ولا تكون الوصية واجبة إلا لبنت البنت، لأنها غير وارثة.

٢ - كما يشترط أيضاً ألا يكون الميت قد وهبهم - فى حياته - ما يساوى الوصية الواجبة بغير عوض.

فإذا أعطاهم - عن طريق الوقف أو عن طريق الهبة - ما يساوى الوصية الواجبة فلاحق لهم فى الوصية بعد ذلك.

وإذا كان ما أعطاهم يقل عن مقدار الوصية الواجبة، فإنهم يأخذون من هذه الوصية ما يكمل لهم مقدارها بعد ما أخذوه عن طريق الهبة.

ولقد قصر القانون الوصية الواجبة على الثلث لأن الوصايا بوجه عام لا تزيد على الثلث إلا إذا أجاز الورثة هذا القدر الزائد.

٣ - لا ينظر إلى هذه الوصية على أنها ميراث، بل هى وصية تنفذ من كل التركة قبل تقسيمها على الورثة.

وتدخل بالنقص على نصيب كل وارث، فلا يختص بهذا النقص وارث دون غيرها.

طريقة استخراج الوصية الواجبة:

تستخرج هذه الوصية بإحدى الطرق الآتية:

١ - تفترض حياة الفرع المتوفى، وتقسم التركة بناء على ذلك، ويعطى أبناء هذا الفرع نصيب أبيهم فى حدود الثلث.

فإذا توفى رجل - مثلا - عن زوجة، وأم، وأب، وبنت ابن توفى أبوها فى حياة جدها.

فإذا فرضنا أن هذا الولد الذى مات فى حياة أبيه مازال حيا.

فإن التركة توزع على النحو التالى:

للزوجة ثمن التركة (لوجود الفرع الوارث)، للأم سدس التركة (للسبب نفسه، للأب سدس التركة (لوجود الفرع الوارث المذكر).. ويكون أصل المسألة (٢٤): تأخذ الزوجة ٣، ويأخذ كل من الأب والأم ٤.

ولأن الباقى يكون أكثر من الثلث $\frac{١٣}{٢٤}$ فإن بنت البنت لا تأخذ بالوصية الواجبة إلا الثلث $\frac{٨}{٢٤}$.

٢ - نفترض أن الوصية الواجبة وصية بمثل نصيب أحد الورثة.. بمعنى أنه إذا كان الموجود فرع ابن توفى فى حياة أبيه تكون الوصية وصية واجبة بمثل نصيب الابن.

وأنه إذا كان الموجود فرع بنت توفيت فى حياة أبيها، فإن الوصية تكون واجبة بمثل نصيب البنت.

فإذا توفيت امرأة عن: زوج، بنت، وابن وبنت ابن توفى أبوها فى حياة جدتها.

فإننا نفترض أن الورثة جميعا أحياء.. وتقسم التركة على النحو التالى:

للزوج الربع فرضا، والباقى للبنت والولدين ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ﴾..

(ويراعى فيها أيضاً عدم زيادة الوصية الواجبة على ثلث التركة)

٣ – الطريقة الثالثة تنفذ على المراحل التالية:

(أ) افتراض الولد الذى مات فى حياة أبيه حيا، ويقدر نصيبه كما لو كان موجودا.

(ب) يستبعد نصيبه من التركة إذا كان فى حدود الثلث أو أقل من الثلث.

(جـ) يقسم الباقى – بعد هذا الاستبعاد – على الورثة الموجودين فعلا من غير نظر إلى الولد الذى فرضا حيا..

فإذا توفى رجل عن: أب، أم، بنتين، ابن.... وبنت ابن توفى أبوها فى حياة جدها..

فإنه بعد استبعاد نصيب بنت الابن.. توزع التركة على النحو التالى:

للأب سدس التركة، وللأم سدس التركة، ويوزع الباقى على البنتين والابن (للذكر ضعف الأنثى)..

وهذه الطريقة تضمن عدم زيادة الوصية على الثلث، وتنفذ على أنها وصيته فتعود بالنقص على مقادير جميع الورثة دون استثناء، كما أنها تتكفل بإعطاء فرع الولد المتوفى ما يستحقه لو فرض حيا بلا زيادة ولا نقصان.

ملاحظات على تطبيق الوصية[1]:

١ – قد يترتب على تطبيق هذه الوصية أن تأخذ البنت التى مات أبوها أكثر مما تأخذه عمتها وهى البنت الصلبية التى ترث من تركة أبيها بطريق مباشرة.

فإذا توفى رجل – مثلا – عن: زوجة، وابنتين، وبنت ابن توفى فى حياة

---

(١) انظر فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة (أحكام التركات والمواريث/ ٢٨٢ وما بعدها).

أبيه فلو أننا فرضنا أن هذا الابن لم يمت لأخذ أكثر من ثلث التركة، ومن ثم فإن مقدار الوصية الواجبة سيكون الثلث فقط تأخذه بنته.. ثم توزع بقية التركة على الورثة.

ويخص البنتين الصلبيتين ثلثا الباقى من التركة، لكل منهما ثلث، وهو أقل من الثلث الذى أخذته بنت الابن.

هذا إذا كان للمتوفى بنتان، أما إذا كان له بنت واحدة وبنت ابن توفى فى حياة أبيه.

فلا تجب الوصية - هنا - لابنة الابن، لأنها تكون وارثة: فالبنت تأخذ نصف التركة، وبنت الابن تأخذ سدسها (تكملة للثلثين فرضا).

فلا حق لها إذن فى الوصية الواجبة، مع أن السدس الذى أخذته بطريق الميراث، أقل من الثلث الذى كانت ستأخذه بطريق الوصية الواجبة.

٢ - كما قد يترتب على هذا التطبيق أن تأخذ الحفيدة أكثر مما تأخذه البنت المباشرة على النحو المبين فى المثال التالى.

توفى رجل عن:

بنت، ابن، حفيدة ابنه المتوفى، حفيدة ابنته المتوفاة وترك ٩٠ فدانا فإن الوصية لا تشمل حفيدة البنت، حيث إنها لا تخص إلا الطبقة الأولى من أولاد البنات.

ولكن حفيدة الولد تأخذ الوصية الواجبة، حيث تشمل هذه الوصية أبناء الذكور وإن نزلوا.

وتستحق حفيدة الابن ثلث التركة وهو ٣٠ فدانا، ويوزع الباقى على الابن والبنت، فيخص الولد ٤٠ فدانا، ويخص البنت ٢٠ فدانا.

وهذا المقدار أقل مما أخذته بنت ابن أخيها.

ومن هنا فإن فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة يرى أن تطبيق أحكام الوصية

الواجبة يحب الا يترتب عليه أن يأخذ المستفيد بها أكثر مما كان يستحقه أبوه لو كان حيا.

(وكل حل يعطيه أكثر من ذلك القدر أعطاه أكثر من الوصية الواجبة التى نص عليها القانون)(١).

ولعل ما يشير إليه فضيلته هو ما اتضح فى المثالثين السابقين.

اجتماع الوصية الواجبة مع الوصية الاختيارية:

معلوم أن الوصايا مهما كان نوعها ومهما كانت جهتها لا تزيد عن حدود الثلث من مجموع التركة.. إلا أن أجاز الورثة الزيادة.

ويتضح اجتماع الوصية الواجبة مع الوصية الاختيارية فى الصور التالية:

١ - إذا اجتمعت الوصيتان ولم يزد مجموعهما عن الثلث، فإن الوصية الاختيارية تنفذ أولا، والوصية الواجبة تنفذ بعدها.. ثم يوزع ما بقى من التركة على الورثة حسب أنصبتهم.

٢ - إذا زاد مجموع الوصيتين عن ثلث التركة، وأجاز الورثة هذه الزيادة اتبع فى التركة ما اتبع فى الصورة السابقة.

٣ - إذا وقعت الصورة الثانية، ولكن الورثة لم يجيزوا الزائد فى الوصية عن ثلث التركة.

فإن الوصية لا تنفذ إلا فى حدود الثلث مع تقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية.

مثال ذلك:

توفيت زوجة عن:

زوج، ابن، حفيد توفيت أمه قبل جدته.

---

(١) انظر ص ٢٩١ (أحكام التركات والمواريث).

وكانت المتوفاة قد أوصت لإحدى جهات الخير بمبلغ ٣٠٠٠ جنيه من التركة البالغ قدرها ١٥٠٠٠ جنيه.

فكيف يتم توزيع ذلك:

(أ) إذا نفذنا الوصية الاختيارية فقد بقى من التركة مبلغ ١٢٠٠٠ جنيه.

(ب) إذا فرضنا حياة البنت، فإن الباقى يوزع على النحو التالى:

الزوج $\frac{١}{٤}$ التركة (٣٠٠٠ جنيه)، الابن (٦٠٠٠ جنيه)، البنت (٣٠٠٠ جنيه) ويكون مجموع الوصيتين (٦٠٠٠ جنيه)، وهو أكثر من ثلث التركة.

إذن $\frac{١}{٣}$ التركة = ١٥٠٠٠ × ١ / ٣= ٥٠٠٠ جنيه (الواجبة ٣٠٠٠ جنيه + الاختيارية ٢٠٠٠ جنيه).

الباقى من ذلك = ١٥٠٠٠ – ٥٠٠٠ = ١٠٠٠٠ جنيه.

يتم توزيعه على الزوج والابن حسب قواعد الميراث، حيث يأخذ الزوج الربع (٢٥٠٠ جنيه)، ويأخذ الابن الباقى (٧٥٠٠ جنيه).

هذا ويلاحظ أن قانون الوصية قد وضع القاعدة لاستخراج مقادير الوصية الواجبة ولكنه لم يبين الطريقة الحسابية لاستخراج هذه المقادير.

وقد جاء فى المادة (٧٨) أن الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا، فإذا لم يوص الميت لمن وجبت له الوصية، وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة إن وفى، وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم.

* * *

المبحث الرابع

دراسة تطبيقية لمسائل الوصية

أولاً: الوصية فى حدود ثلث التركة:

ويجب التذكير بما يأتى:

(أ) لا يتوقف تنفيذ الوصية على إرادة الورثة، بل تنفذ شاءوا أم أبوا.

(ب) إذا كان الموصى به مبلغا محددا أو عينا معينة من التركة قيمتها أقل من الثلث.

وحينيئذ يخرج مقدار الوصية، ثم يوزع باقى التركة على الورثة طبقا لقواعد الميراث مثال ذلك: توفى رجل عن:

زوجة، أب، أم، ابن، وترك ثروة تقدر بـ ٣٠٠٠٠ جنيه، وأوصى لجهة من البر بمبلغ ٦٠٠٠ جنيه.

الإجابة

١ – الباقى بعد إخراج الوصية = ٣٠٠٠٠ – ٦٠٠٠ = ٢٤٠٠٠ جنيه

٢ – أنصبة الورثة فى الباقى من التركة:

الزوجة	الأب	الأم	الابن
			الباقى تعصيبا
$\frac{١}{٨}$	$\frac{١}{٦}$	$\frac{١}{٦}$	
(٣٠٠٠ج)	(٤٠٠٠ج)	(٤٠٠٠ج)	(١٣٠٠٠ج)

(جـ) إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة فى حدود الثلث كالربع والسدس والثمن . .

وفى هذه الصورة يتم معرفة مقدار الوصية بالتحديد، فيخرج من التركة، ثم يوزع باقى التركة على الورثة طبقا لقواعد الميراث.

مثال : توفيت امرأة عن :

زوج، بنت، بنت ابن، أخ شقيق وتركت ٤٨٠٠٠ جنيه، وأوصت بربع تركتها لإحدى جهات البر . .

فتوزع التركة على النحو التالى :

١ – قيمة الوصية : ٤٨٠٠٠ × ١ / ٤ = ١٢٠٠٠ جنيه.

٢ – باقى التركة بعد إخراج الوصية = ٤٨٠٠٠ – ١٢٠٠٠ = ٣٦٠٠٠ ج

٣ – توزيع الباقى على الورثة على النحو التالى :

الزوج	البنت	بنت الابن	الأخ الشقيق الباقى
١/٤	١/٢	١/٦	تعصيبا
(٣ سهام)	(٦ سهام)	(سهمان)	(سهم واحد)

نصيب الزوج = ٦٠٠٠ × ٣/١٢ = ٩٠٠٠ جنيه

نصيب البنت = ٣٦٠٠٠ × ٦/١٢ = ١٨٠٠٠ جنيه

نصيب بنت الابن = ٣٦٠٠٠ × ٢/١٢ = ٦٠٠٠ جنيه

نصيب الأخ الشقيق = ٣٦٠٠٠ × ١/١٢ = ٣٠٠٠ جنيه

(د) إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين.

وفى هذه الصورة علينا أن نعرف سهام الورثة وأصل المسألة، ثم نضيف إلى هذا الأصل عدد سهام الوارث الموصى بمثل نصيبه.

فيكون الرقم الناتج هو الأصل الجديد الذى توزع على أساسه التركة.

مثال: توفى رجل عن:

زوجة، بنت، أب، أخ شقيق، وترك ثروة مقدارها ٥٤٠٠٠ جنيه

وأوصى لأخيه الشقيق (وهو هنا غير وارث) بمثل نصيب زوجته فتحل المسألة على النحو التالى:

أصل المسألة:

الزوجة	البنت	الأب	الأخ الشقيق
$\frac{1}{8}$	$\frac{1}{2}$	$\frac{1}{6}$ + الباقى تعصيبا	محجوب بالأب

فيكون أصل المسألة ٢٤: للزوجة من هذا الأصل ٣ أسهم، فيضاف إليه سهم آخر هو قيمة الوصية.. فيكون عدد السهام ٢٧ .

ثم توزع التركة على النحو التالى:

مقدار السهم = ٥٤٠٠٠ ÷ ٢٧= ٢٠٠٠ جنيه

مقدار الوصية = ٢٠٠٠ X ٣ = ٦٠٠٠ جنيه

نصيب الزوجة = ٢٠٠٠ X ٣ = ٦٠٠٠ جنيه ‏] ٣٦٠٠٠ جنيه

نصيب البنت = ٢٠٠٠ X ١٢ = ٢٤٠٠٠ جنيه

نصيب الأب = ٥٤٠٠٠ – ٣٦٠٠٠ = ١٨٠٠٠ جنيه

ثانياً: الوصية بأكثر من الثلث:

(أ) إذا أجاز الورثة الوصية: تخرج مقدار الوصية من التركة، ثم توزع باقى التركة على الورثة طبقا لقواعد الميراث:

مثال: توفى رجل عن:

زوجة، أب، أم، بنتين، ابن

وترك ثروة قدرها ٩٦٠٠٠ جنيه، وأوصى بنصفها لأخيه، وقد وافق الورثة على الوصية.

تحل المسألة على النحو التالي:

التركة بعد تنفيذ الوصية = ٩٦٠٠٠ X $\frac{١}{٢}$ = ٤٨٠٠٠ جنيه

نصيب الزوجة = ٤٨٠٠٠ X $\frac{١}{٨}$ = ٦٠٠٠ جنيه

نصيب الأب = ٤٨٠٠٠ X $\frac{١}{٦}$ = ٨٠٠٠ جنيه

نصب الأم = ٤٨٠٠٠ X $\frac{١}{٦}$ = ٨٠٠٠ جنيه

نصيب البنتين والابن = ٤٨٠٠٠ – ٢٢٠٠٠ = ٢٦٠٠٠ جنيه

نصيب كل بنت = ٢٦٠٠٠ X $\frac{١}{٤}$ = ٦٥٠٠ جنيه

نصيب الابن = ٦٥٠٠ X $\frac{٢}{٤}$ = ١٣٠٠٠ جنيه

(ب) إذا أجاز بعض الورثة الوصية، ولم يجزها البعض الآخر.. فإن التركة – حينئذ – تقسم على فرضين:

الفرض الأول: على أساس أن الورثة جميعا قد أجازوا الوصية فتقسم التركة على النحو السابق.

الفرض الثاني: على أساس أن الورثة جميعا قد رفضوا الجزء الزائد عن الثلث في الوصية.

وحينئذ فإن من أجاز يأخذ نصيبه على فرض الإجازة، ومن لم يجز يعطى نصيبه على فرض عدم الإجازة.

والفرق بين النصيب فى كل من الحالتين يأخذه الموصى له:

مثال:

توفى رجل عن ابن وبنتين وترك ٦٠٠٠٠ جنيه، وأوصى بنصف هذه التركة لطلبة العلم.

فلم يجز الابن القدر الزائد عن ثلث التركة، وأجازت البنتان فتحل المسألة على النحو التالى:

(أ) على أساس إجازة الجميع:

التركة بعد تنفيذ الوصية = ٦٠٠٠٠ × $\frac{١}{٢}$ = ٣٠٠٠٠ جنيه

عدد الأسهم	= ٢ + ١ + ١	= ٤ أسهم
نصيب السهم	= ٣٠٠٠٠ ÷ ٤	= ٧٥٠٠ جنيه
نصيب كل بنت	= ٧٥٠٠ × ١	= ٧٥٠٠ جنيه
نصيب الولد	= ٧٥٠٠ × ٢	= ١٥٠٠٠ جنيه

(ب) على أساس عدم الإجازة من الجميع:

قيمة الوصية فى حدود الثلث = ٦٠٠٠٠ × $\frac{١}{٣}$ = ٢٠٠٠٠ جنيه

التركة بعد تنفيذ الوصية = ٦٠٠٠٠ – ٢٠٠٠٠ = ٤٠٠٠٠ جنيه

عدد سهام الورثة = ٢ + ١ + ١ = ٤ سهام

قيمة السهم الواحد = ٤٠٠٠٠ ÷ ٤ = ١٠٠٠٠ جنيه

نصيب كل بنت = ١٠٠٠٠ × ١ = ١٠٠٠٠ جنيه

نصيب الابن = ١٠٠٠٠ × ٢ = ٢٠٠٠٠ جنيه

وحيث أن الابن لم يجز القدر الزائد عن الثلث، فإن توزيع الأنصبة يكون على النحو التالى:

نصيب الابن = ٢٠٠٠٠ جنيه (على أساس الأول)

نصيب كل بنت = ٧٥٠٠ جنيه (على أساس إجازتهما)

مجموع أنصبة الورثة = ٢٠٠٠٠ + ٧٥٠٠ + ٧٥٠٠ = ٣٥٠٠٠ جنيه

مقدار الوصية = ٦٠٠٠٠ - ٣٥٠٠٠ = ٢٥٠٠٠ جنيه

مثال آخر:

توفى شخص عن:

زوجة، أخت شقيقة، أخت لأب، وأم...

وقد أوصى لطلبة العلم بنصف التركة التى بلغت ٣٩٠٠٠ جنيه.. وقد أجازت الأم والزوجة الوصية، ولم تجز الأختان..

وعلى ذلك فإن سهام الورثة على النحو التالى:

الزوجة	الأخت الشقيقة	الأخت لأب	الأم	أصل المسألة
$\frac{١}{٤}$	$\frac{١}{٢}$	$\frac{١}{٦}$	$\frac{١}{٦}$	١٢
٣	٦	٢	٢	١٣

وبعد ذلك يتم التقسيم على درجتين:

(أ) على فرض إجازة الورثة للوصية:

فيتم استخراج قيمة الوصية من التركة أولا وهو: ٣٩٠٠٠ × ١ / ٢ = ١٩٥٠٠ جنيه

ثم يقسم النصف الثانى على الورثة بحسب أنصبتهم على النحو التالى :

الزوجة = ١٩٥٠٠ X ٣/١٣ = ٤٥٠٠ جنيه

الشقيقة = ١٩٥٠٠ X ٦/١٣ = ٩٠٠٠ جنيه

الأخت لأب = ١٩٥٠٠ X ٢/١٣ = ٣٠٠٠ جنيه

الأم = ١٩٥٠٠ X ٢/ ١٣ = ٣٠٠٠ جنيه

(ب) على فرض امتناع الورثة جميعا عن إجازة الوصية :

يتم استخراج الوصية فى حدود الثلث على النحو التالى :

٣٩٠٠٠ X ١/٣ = ١٣٠٠٠ جنيه

التركة بعد استخراج الوصية = ٣٩٠٠٠ – ١٣٠٠٠٠ = ٢٦٠٠٠ ج

قيمة السهم = ٢٦٠٠٠ ÷ ١٣ = ٢٠٠٠ جنيه

نصيب الزوجة = ٢٠٠٠ X ٣ = ٦٠٠٠ جنيه

نصيب الأخت الشقيقة = ٢٠٠٠ X ٦ = ١٢٠٠٠ جنيه

نصيب الأخت لأب = ٢٠٠٠ X ٢ = ٤٠٠٠ جنيه

نصيب الأم = ٢٠٠٠ X ٢ = ٤٠٠٠ جنيه

وحيث إن الزوجة والأم قد أجازتا الوصية، فهما تأخذان نصيبهما على الأساس الأول (وهو الإجازة) فيكون هكذا:

الزوجة ٤٥٠٠ جنيه

الأم ٣٠٠٠ جنيه

وتأخذ الأختان (الشقيقة والأخت والأب) نصيبهما على أساس عدم الإجازة.. فيكون هكذا:

الشقيقة ١٢٠٠٠ جنيه

الأخت لأب ٤٠٠٠ جنيه

مـجـمـوعـة أنصـبـة الورثة = ٤٥٠٠ + ٣٠٠٠ + ١٢٠٠٠ + ٤٠٠٠ = ٢٣٥٠٠ جنيه

قيمة الوصية = ٣٩٠٠٠ - ٢٣٥٠٠ = ١٥٥٠٠ جنيه

ثالثا : الوصية بمقدار معين :

توفيت امرأة عن : زوج، أخوين لأم، أم، وتركت ١٨٠٠٠ جنيه

وقد أوصت لجهة من جهات البر بمبلغ ١٢٠٠٠ جنيه

وقد أجازت الأم الوصية، ولم يجزها بقية الورثة .. فتحل المسألة على النحو التالى :

الزوج	الأم	الأخوان لأم	أصل المسألة
١/٢	١/٦	١/٣	٦
٣	١	٢	

(أ) التركة بعد استخراج الوصية (على أساس الإجازة)

= ١٨٠٠٠ - ١٢٠٠٠ = ٦٠٠٠ جنيه

قيمة السهم الواحد = ٦٠٠٠ ÷ ٦ = ١٠٠٠ جنيه

نصيب الزوج = ١٠٠٠ × ٣ = ٣٠٠٠ جنيه

نصيب الأم = ١٠٠٠ × ١ = ١٠٠٠ جنيه

نصيب الأخوين لأم = ١٠٠٠ × ٢ = ٢٠٠٠ جنيه

(ب) التركة بعد استخراج الوصية فى حدود الثلث

= ١٨٠٠٠ × ٢/٣ = ١٢٠٠٠ جنيه

قيمة السهم الواحد = ١٢٠٠٠ ÷ ٦ = ٢٠٠٠ جنيه

نصيب الزوج = ٢٠٠٠ X ٣ = ٦٠٠٠ جنيه

نصيب الأم = ٢٠٠٠ X ١ = ٢٠٠٠ جنيه

نصيب الأخوين لأم = ٢٠٠٠ X ٢ = ٤٠٠٠ جنيه

وحيث أن الأم هى وحدها التى أجازت الوصية فإن نصيبها يكون على أساس الإجازة ١٠٠٠ جنيه

ويكون مجموع أنصبة الورثة = ٦٠٠٠ + ١٠٠٠ + ٤٠٠٠ = ١١٠٠٠

وتكون قيمة الوصية = ١٨٠٠٠ - ١١٠٠٠ = ٧٠٠٠ جنيه

رابعاً: الوصية بمثل نصيب وارث دون أن يسميه

فللموصى له فى هذه الصورة أقل أنصبة الورثة.. فمن أوصى - مثلا - بمثل أحد أنصبة الورثة دون تحديد.

وكان الورثة أبنا وأربع زوجات: فإن للزوجات جميعا ثمن التركة، والباقى للابن وهو سبعة أثمان التركة.

وعلى ذلك فإن للموصى له = $\frac{١}{٨} \times \frac{١}{٤} = \frac{١}{٣٢}$

ويكون أصل المسألة - قبل الوصية وبعد تصحيح الأصل ٣٢ سهما:

للزوجات الثمن وهو أربعة.. لكل زوجة سهم واحد.. ثم يزاد فى سهام الفريضة مثل نصيب زوجة فتصير السهام ٣٣ يأخذ الموصى له سهما.

وتأخذ كل زوجة سهما.

ويأخذ الابن بقية السهام.

وقد أخذ قانون الوصية بهذا الاتجاه، فنصت المادة (٤١) على أنه: (إذا

كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى، أو بمثل نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائدا على الفريضة إن كان الورثة متساوين فى الميراث وإن كانوا متفاوتين فى الميراث قدر نصيب أقلهم زائدا على الفريضة.

أولاً: على فرض تساوى الورثة فى الأنصبة:

توفى رجل عن أربعة أبناء، وأوصى لأخته الشقيقة بمثل نصيب أحد الورثة دون تحديد.. وكانت تركته ٢٠٠ فدان..

المفروض أن تقسم هذه التركة على أربعة أقسام متساوية، حيث يختص كل واحد من الأبناء بسهم..

ثم يزاد سهم آخر هو قيمة الوصية، فتصير السهام خمسة.. وتكون قيمة السهم = ٢٠٠ ÷ ٥ = ٤٠ فدانا.

وهذه القيمة تخص كلا من الورثة، والموصى له على حدة.

توفى رجل عن أربع بنات وزوجة كتابية، وترك ٥٠٠ فدانا وأوصى لهذه الزوجة (بمثل نصيب وارث):

من قواعد الميراث:

١ – أن نصيب البنتين فصاعدا $\frac{٢}{٣}$ التركة

٢ – من موانع الإرث اختلاف الدين بين الوارث والمورث.

ولكن لأن البنات هنا منفردات فإنهن يأخذن ثلثى التركة فرضا، ويأخذن الباقى ردا.

وإذن فإن التركة توزع عليهن بالتساوى (٤ سهام).

ويزاد عليها سهم لهذه الزوجة الكتابية، فتكون السهام (٥ سهام) ويكون نصيب كل منهن = ٥٠٠ ÷ ٥ = ١٠٠ فدان.

ثانياً: على فرض عدم تساوى الورثة فى الأنصبة:

توفيت امرأة عن:

زوج، بنت، بنت ابن، أم، أب

وأوصت لجهة من جهات البر بمثل نصيب وارث غير معين، وكانت التركة ١٧٠٠٠ جنيه.

أنصبة الورثة تقسم على النحو التالى:

الزوج	البنت	بنت الابن	الأم	الأب
$\frac{١}{٤}$ (لوجود الفرع الوارث)	$\frac{١}{٢}$ (فرضا)	$\frac{١}{٦}$ (تكملة للثلثين)	$\frac{١}{٦}$ (فرضا)	$\frac{١}{٦}$ (فرضا) + الباقى

ويكون أصل المسألة ١٢

للزوج ٣ سهام، وللبنت ٦ سهام، ولبنت الابن سهمان، ولكل من الأم والأب سهمان فتعول المسألة إلى ١٥ سهما.

وحيث أن أقل الأنصبة هو سهمان، فيكون ذلك هو قيمة الوصية ويزاد إلى عدد السهام بعد التصحيح، فيكون العدد الأخير ١٧ سهما ثم توزع التركة – بناء على ذلك – على النحو التالى:

قيمة السهم الواحد = ١٧٠٠٠ ÷ ١٧ = ١٠٠٠ جنيه

نصيب الزوج = ٣ X ١٠٠٠ = ٣٠٠٠ جنيه

نصيب البنت = ٦ X ١٠٠٠ = ٦٠٠٠ جنيه

نصيب بنت الابن = ٢ X ١٠٠٠ = ٢٠٠٠ جنيه

نصيب الأم = ٢ X ١٠٠٠ = ٢٠٠٠ جنيه

نصيب الأب = ٢ X ١٠٠٠ = ٢٠٠٠ جنيه

قيمة الوصية = ٢ X ١٠٠٠ = ٢٠٠٠ جنيه

توفى شخص عن

زوجة – ٤ أولاد – ٥ بنات – أم – أب،، وأوصى لإحدى الجهات بنصيب وارث غير معين والتركة ٢٤٠٠٠ جنيه فتكون أنصبة الورثة على النحو التالى:

الزوجة	الأم	الأب	الأبناء والبنات
$\frac{١}{٨}$	$\frac{١}{٦}$	$\frac{١}{٦}$	الباقى (تعصيبا)

ويكون أصل المسألة ٢٤ سهما.

للزوجة ٣ سهام، للأم ٤ سهام، للأب ٤ سهام.. والباقى للأبناء والبنات وهو ١٣ سهما: للولد سهمان وللبنت سهم واحد..

وإذن فإن أقل السهام هو نصيب البنت.. وهو فى الوقت نفسه قيمة الوصية.

وإذن فإن الأنصبة توزع على النحو التالى:

عدد السهام بعد إضافة سهم الموصى له = ٢٥ سهما

قيمة السهم الواحد = ٢٤٠٠٠ ÷ ٢٥ = ٩٦٠ جنيه

نصيب الزوجة = ٣ X ٩٦٠ = ٢٨٨٠ جنيه

نصيب الأم = ٤ X ٩٦٠ = ٣٨٤٠ جنيه

نصيب الأب = ٤ X ٩٦٠ = ٣٨٤٠ جنيه

نصيب الابن = ٢ X ٩٦٠ = ١٩٢٠ جنيها

نصيب البنت = ١ X ٩٦٠ = ٩٦٠ (وهو قيمة الوصية)

خامساً: حل مسائل الوصية الواجبة:

ذكرنا فى الصفحات السابقة – ثلاثة قيود لتنفيذ الوصية الواجبة هى:

١ – ألا تزيد على ثلث التركة

٢ – أن تنفذ على أنها وصية لا ميراث

٣ - ألا تتجاوز نصيب الفرع المتوفى فى حياة أبيه..

وهذه القيود هى التى يجب أن تضبط تنفيذ الوصية لتحقيق قواعد القانون ومقاصده..

وبناء على ذلك فإننا نضرب الأمثلة الآتية:

مثال:

توفى رجل عن:

بنتين، ابن، أب، أم، بنت ابن توفى فى حياة أبيه وكانت التركة ٢٧٠٠٠ جنيه.. يتم التوزيع على درجتين:

الدرجة الأولى: على اعتبار حياة الابن (المتوفى)

ويكون الورثة هم: أب - أم - بنتين - ابنين

أب	أم	بنتين - ابنين
$\frac{١}{٦}$	$\frac{١}{٦}$	الباقى (تعصيبا)

ويكون أصل المسألة ٦ ثم يصحح إلى ١٨ لتفادى الكسور للأب (٣)، للأم (٣)، لكل ولد (٤) لكل بنت (٢):

قيمة السهم = ٢٧٠٠٠ ÷ ١٨ = ١٥٠٠ جنيه

قيمة الوصية الواجبة = ١٥٠٠ × ٤ = ٦٠٠٠ جنيه

التركة بعد إخراج الوصية = ٢٧٠٠٠ - ٦٠٠٠ = ٢١٠٠٠ جنيه

الدرجة الثانية: يتم التوزيع بعد إخراج الوصية على النحو التالى:

الأب	الأم	البنتان وابن واحد	الأصل ٦
$\frac{١}{٦}$ (١)	$\frac{١}{٦}$ (١)	١ + ١ + ٢	= ٦

عدد سهام الورثة = ١ + ١ + ١ + ١ + ٢ = ٦

قيمة السهم = ٢١٠٠٠ ÷ ٦ = ٣٥٠٠ جنيه

نصيب كل من الأب والأم = ١ × ٣٥٠٠ = ٣٥٠٠ جنيه

نصيب كل بنت = ١ × ٣٥٠٠ = ٣٥٠٠ جنيه

نصيب الابن = ٢ × ٣٥٠٠ = ٧٠٠٠ جنيه

مثال آخر:

توفى عن: أخت شقيقة، أخت لأب، أخوين لأم، بنت بنت توفيت فى حياة أبيها.

وكانت التركة ١٨٠٠٠٠ جنيه.. فكيف توزع هذه التركة؟

أولا: على فرض حياة البنت (التى توفيت):

الأخت الشقيقة	الأخت لأب	الأخوين لأم	البنت
(عصبة مع الغير)	(محجوبة)	(محجوبان)	
$\frac{١}{٦}$			$\frac{١}{٢}$

ويكون أصل المسألة ٦: للأخت الشقيقة ١ وللبنت٣

ويكون نصيب البنت النصف، وهو أكثر من الثلث... فتنزل الوصية إلى الثلث.

التركة بعد إخراج الوصية = ١٨٠٠٠٠ X $\frac{٢}{٣}$ = ١٢٠٠٠٠ جنيه

ثانياً: بعد إخراج الوصية الواجبة:

الأخت الشقيقة	الأخت لأب	الأخوين لأم	أصل المسألة
$\frac{١}{٢}$	$\frac{١}{٦}$	$\frac{١}{٣}$	٦
٣	١	٢	

تم توزيع التركة على النحو التالى:

قيمة السهم الواحد = ١٢٠٠٠٠ ÷ ٦ = ٢٠٠٠٠ جنيه

نصيب الأخت الشقيقة = ٣ X ٢٠٠٠٠ = ٦٠٠٠٠ جنيه

نصيب الأخت لأب = ١ X ٢٠٠٠٠ = ٢٠٠٠٠ جنيه

نصيب الأخوين لأم = ٢ X ٢٠٠٠٠ = ٤٠٠٠٠ جنيه

إجتماع الوصية الواجبة مع الوصية الاختيارية[١]:

قد تجتمع الوصية الواجبة والوصية الاختيارية على تركة واحدة، ويظهر هذا الاجتماع على إحدى الصور الآتية:

الصورة الأولى:

اجتماع الصورتين معا فى حدود الثلث.

وفى هذه الحالة تخرج الوصية الاختيارية أولا، ثم الوصية الواجبة.. ثم يقسم باقى التركة على الورثة.

---

(١) انظر: المال والميراث والوصية، د/ رمضان الحسنين جمعة/ ٢٠٠.

مثال :

توفيت امرأة عن : أب، أم، ثلاث أبناء، ابن ابن توفى أبوه فى حياة جدته، وتركت ميراثا قدره ٢٠٠٠٠ جنيه.

وكانت قد أوصت لإحدى جهات البر بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه.. فكيف يتم التوزيع؟

يتم ذلك على خطوات :

١ - إخراج الوصية الاختيارية = ٢٠٠٠٠ - ٢٠٠٠ = ١٨٠٠٠ جنيه

٢ - يتم توزيع باقى التركة على اعتبار أن الابن المتوفى موجود على النحو التالى :

أب	أم	٤ أبناء	الأصل ٦
$\frac{١}{٦}$	$\frac{١}{٦}$	الباقى تعصيبا	
١	١	٤	= ٦

قيمة السهم = ١٨٠٠٠ ÷ ٦ = ٣٠٠٠ جنيه

نصيب كل من الأب والأم = ٣٠٠٠ جنيه

نصيب الأبناء الأربعة = ١٨٠٠٠ - ٦٠٠٠ = ١٢٠٠٠ج

قيمة الوصية الواجبة = ١٢٠٠٠ ÷ ٤ = ٣٠٠٠ جنيه

مجموع الوصيتين = ٢٠٠٠ + ٣٠٠٠ = ٥٠٠٠ جنيه

٣ - بقيمة التركة بعد إخراج الوصيتين = ٢٠٠٠٠ - ٥٠٠٠ = ١٥٠٠٠ جنيه

٤ - يتم توزيع باقى التركة دون اعتبار لابن المتوفى :

الأب	الأم	٣ أبناء	الأصل ٦ يصحح إلى ١٨
$\frac{١}{٦}$	$\frac{١}{٦}$	الباقى تعصيبا	
١	١		

٣ + ٣ + ١٢ = ١٨ عدد السهام

نصيب الأب = ١٥٠٠٠ X $\frac{٣}{١٨}$ = ٢٥٠٠ جنيه

نصيب الأم = ١٥٠٠٠ X $\frac{٣}{١٨}$ = ٢٥٠٠ جنيه

نصيب الأبناء الثلاثة = ١٥٠٠٠ - ٥٠٠٠ = ١٠٠٠٠ جنيه

الصورة الثانية:

اجتماع الوصيتين وزيادتهما عن الثلث مع إجازة الورثة.

ويتم ذلك بتحديد مقدار الوصية الواجبة وإضافتها إلى الوصية الاختيارية، وإخراجهما معا من التركة.. ثم توزيع باقى التركة على الورثة.

مثال:

توفيت امرأة عن: أب، أم، بنت بنت توفيت أمها فى حياة جدتها..

وتركت ٨٠٠٠ جنيه.. وأوصت لإحدى الجهات بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه

يتم التوزيع على الخطوات الآتية:

١ - التركة بعد إخراج الوصية الاختيارية = ٨٠٠٠ - ٢٠٠٠ = ٦٠٠٠ جنيه

٢ - يتم توزيع التركة على اعتبار أن البنت (المتوفاة) موجودة:

الأب		الأم	البنت	الأصل ٦
$\frac{١}{٦}$ +	الباقى ع	$\frac{١}{٦}$	$\frac{١}{٦}$	
١ + ١		١	٣	

قيمة السهم = ٦٠٠٠ ÷ ٦ = ١٠٠٠ جنيه

نصيب الأب = ٢ X ١٠٠٠ = ٢٠٠٠ جنيه

نصيب الأم = ١ X ١٠٠٠=١٠٠٠ جنيه

نصيب البنت = ٣ X ١٠٠٠ = ٣٠٠٠ جنيه (وهى أكثر من الثلث وقد أجازها الورثة)

الصورة الثالثة:

زيادة مجموع الوصيتين مع عدم إجازة الورثة للزيادة.

وحين ذلك تنفذ الوصيتان فى حدود الثلث مع تقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية.

مثال: توفيت زوجة عن:

زوج، ابن، حفيد توفيت أمه قبل جدته.

وكانت الزوجة قد أوصت لإحدى جهات الخير بمبلغ ٣٠٠٠ جنيه من التركة البالغ قدرها ١٥٠٠٠ جنيه.

وهذه المسألة تحل على النحو التالى:

التركة بعد تنفيذ الوصية الاختيارية = ١٥٠٠٠ - ٣٠٠٠ = ١٢٠٠٠ جنيه

توزيع التركة على اعتبار حياة البنت :

الزوج	الابن	البنت
١ / ٤	الباقي بالتعصيب	
٣٠٠٠	٦٠٠٠ + ٣٠٠٠	

مجموع الوصيتين = ٣٠٠٠ + ٣٠٠٠ = ٦٠٠٠ (وهو أكثر من الثلث)

مجموع الوصيتين فى حدود الثلث = ١٥٠٠٠ × $\frac{١}{٣}$ = ٥٠٠٠ جنيه

(الوصية الواجبة ٣٠٠٠ جنيه + الوصية الاختيارية ٢٠٠٠ جنيه)

الباقى بعد تنفيذ الوصيتين = ١٥٠٠٠ – ٥٠٠٠ = ١٠٠٠٠ جنيه

توزع على الزوج والابن حسب قواعد التوريث .

الزوج $\frac{١}{٤}$ التركة = ٢٥٠٠ جنيه

الابن الباقى = ٧٥٠٠ جنيه

* * *

الفصل الرابع

أحكام عامة فى الوصية

- ملك المنفعة بالوصية.
- الشروع فى الوصية.. والشك فيها.
- الوصية لجهات متعددة.
- تعليق الوصية على شرط فى الحياة.

المبحث الأول

ملك المنفعة بالوصية

قد يوصى الإنسان لشخص آخر بعين من الأعيان المالية كأرض أو دار أو سيارة.

وقد يوصى بأحد هذه الأعيان لشخص، وتسمى هذه العين «الرقبة»، كما يوصى لشخص آخر بالانتفاع بهذه العين مدة حياته، وتسمى الملكية حينئذ «ملكية المنفعة».

كما يوصى «بالرقبة» ومنفعتها لشخص واحد..

والملك بالمنفعة يثبت مؤقتا لا مطلقا، فإذا أوصى لشخص بالرقبة – أى بالشيء ذاته – وأوصى لشخص آخر بالمنفعة إلى مدة معينة.

فإنه بانتهاء هذه المدة يعود ملك المنفعة إلى الموصى له بالرقبة، لأن الرقبة هى الأصل، والمنفعة مضافة إلى هذا الأصل.

أما إذا كان قد أوصى بالمنفعة فقط لمدة معينة، ولم يوص بالرقبة لأحد، فإنه بانتهاء مدة المنفعة تعود الرقبة إلى ورثته.

هذا إذا كانت الوصية بالمنفعة مقيدة بوقت معين، فإن كانت مطلقة بأن قال مثلا: (أوصيت لفلان بالانتفاع بهذه الدار)، ولكنه لم يحدد مدة معينة.. فإن المنفعة تثبت للموصى له إلى وقت موته، ثم تنتقل إلى الموصى له بالرقبة أو إلى الورثة إن لم تكن هناك وصية بالرقبة.

وليس للموصى له بالمنفعة أن يتصرف فيها بالهبة أو الإيجار لغيره، لأن الوصية فى هذه الصيورة (وصية شخصية) ترتبط بالموصى له لا بغيره[1]. وإن كان

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٦.

الإمام الشافعي يرى أن للموصى له بالمنفعة أن يؤجرها لغيره، لأنه قد ملك المنفعة ملكا حقيقيا، ومادام الأمر كذلك فإنه يستطيع أن يتصرف في ملكه.

وهو في ذلك يشبه المستأجر الذي يملك الانتفاع بالعين المؤجرة، ومن ثم فإنه يملك تأجيرها إلى غيره.

أما وجهة القائلين بمنع الموصى له بالمنفعة من تأجيرها أن الثابت للموصى له بسكنى الدار مثلا ملك المنفعة بغير عوض، وهذه الصورة لا تحتمل التمليك بعوض..

وهو في ذلك يشبه المستعير لسيارة ينتفع بها، فلا يملك أن يعيرها إلى غيره، بل عليه أن يحتفظ بهذه المنفعة لنفسه، وفي مقابل ذلك عليه أن ينفق على هذه السيارة نفقات تمكنه من الانتفاع بها.

وعلى ذلك فإنه إذا أوصى بشجر بستان - مثلا - إلى شخص، وبثمار هذا الشجر لشخص آخر، فإن النفقة تكون على الموصى له بالبستان إذا لم يثمر، لأن الموصى له بالثمر لم ينتفع به.

أما إذا أثمر الشجر فقد صار منتفعا وعليه النفقة في مقابل الانتفاع.

ومن خلال هذا العرض تبين أن الوصية كما تجوز في الأعيان.

(ملك الرقبة) دون المنافع، فإنها تجوز بالمنافع..

وتجوز بالعين لرجل والمنفعة لرجل آخر، وتجوز بمنفعة مقدرة المدة، كما تجوز بمنفعة مطلقة عن التوقيت.

وعلى ذكر الانتفاع فإن الوصية تجوز بما يجوز الانتفاع به من بعض النجاسات كالكلب الذي لا يحرم الانتفاع به في الصيد والحراسة والزينة.

أما ما لا يحل الانتفاع به شرعا كالخمر والخنزير والكلب العقور فإنه لا تجوز فيه الوصية، لأنه لا يجوز بيعه ولا شراؤه[1].

ويصدق ذلك أيضاً على الوصية بأدوات الرياضة وأدوات اللهو، فإنها إن كانت مما يباح الانتفاع بها جازت الوصية فيها، وإلا فلا.

---

(١) الكافي في الفقه على مذهب احمد بن حنبل ٢ / ٣٢٠.

الشروع فى الوصية والشك فيها :

يقصد بالشروع فى الوصية الاتجاه إلى إنشائها، والقصد المترتب على آثار هذا الشروع.

ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ شَرَعَ لَكُم مِّنَ الدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِ نُوحًا ﴾ اي سنه وبينه.

ومنه كذلك الشريعة، وهى ما شرعه الله لعباده من العقائد والأحكام والشروع فى الوصية يقع - كما بينا سابقا - بالقول أو الكتابة أو ما يقوم مقامها من وسائل التعبير عن الإرادة.

كان الموصى لشخص معين أو غير معين، وتتم الوصية بأن يقبل الموصى له المعين بعد وفاة الموصى.

وقد يشرع الإنسان فى وصيته بإحدى وسائل التعبير، ثم يشك فيما أوصى، كأن يدخل الشك على مقدار الوصية هل هو الثلث أم الربع.

أو على مقدار الثلث هل هو ألف أو ألفان؟

أو على الوصية من أساسها هل هو أوصى أم لم يوص أصلاً؟

وقد قال أبو حنيفة فى رجل أوصى بثلث ماله لرجل مسمى، وأخبر أن ثلث ماله ألف، فإذا هذا الثلث أكثر من ذلك..

فإن للموصى له الثلث من جميع المال بالغا ما بلغ، ولا عبرة بتحديده بألف أو أقل أو أكثر.

ووجهة ذلك أن التحديد بالمقدار خطأ بعد تحديد الثلث، والخطأ لا ينقض الوصية، ولا يعد رجوعا فيها.

وكان الوصية بالثلث مبدأ، وكان تحديد مقدار هذا الثلث فرع لتنفيذ هذا المبدأ، فإذا اختلف فى تفسير الأصل والفرع فإن الأصل أولى بالاتباع. ولقد وافق أبا حنيفة فى هذا الاتجاه صاحبة أبو يوسف.

ورأى أن الرجل حين أوصى بثلث ماله فقد أتى بوصية صحيحة، حيث إن صحة الوصية لا تتوقف على البيان لمقدار الموصى، فتقع الوصية صحيحة بدونه(١).

وقد يقع الخطأ فى الحساب عند تقدير الثلث.

والغلط فى قدر الموصى به لا يقدح فى الأصل، فهى تبقى متعلقة بثلث جميع المال.

لأنه يحتمل أن يكون هذا رجوعا على الزيادة على القدر المذكور، ويحتمل أن يكون غلطا فوقع الشك فى بطلان الوصية فلا تبطل مع الشك جريا على الأصل المعهود أن (الثابت يقين لا يزول بالشك).

ولو قال الموصى مثلا (أوصيت بغنمى كلها وهى مائة شاة)، ثم ظهر أنها أكثر من مائة وهى فى حدود ثلث تركته كلها، فالوصية جائزة فى الغنم كله لا فى المائة.

وذلك لأنه أوصى بجميع غنمه، ولكنه أخطأ فى العدد.

بخلاف ما قال: (أوصيت بغنمى هذه) وأشار إلى الغنم أمامه، ثم ظهر أن له غنما غير ذلك، وكلها تدخل فى حدود ثلث التركة.

فإن الوصية تنفذ فى الغنم التى أشار إليها دون غيرها من الغنم، حيث أنه جمع بين التسمية والإشارة، وكل واحد منهما للتعين، غير أن هذه الإشارة أقوى لأنها تحصر العين وتقطع الشركة، فتعلقت الوصية بالمشار إليه فلا يستحق الموصى له غيره(٢).

هذا إذا وقع الشك من الموصى نفسه.

ومن الأحكام الحكمية فى الوصية ما إذا وقع الخلاف بين الورثة فى تحديد مقدار الثلث الذى أوصى به المورث.

---

(١) بدائع الصنائع ج٧/ ٣٨١.   (٢) السابق.

فمن أوصى بثلث ماله لرجل، وعين المقصود بالثلث في تركته، فجاء الورثة فقالوا إن الذى عينه أكثر من الثلث. فكيف يتم الفصل فى هذا الخلاف؟

يقول الإمام مالك: الورثة مخيرون بين إعطاء الموصى له ما عينه الموصى، أو أن يعطوه الثلث من جميع التركة، لإمكان صدق الورثة فى دعواهم ولكن أبا حنيفة والشافعي وابن حنبل قد خالفوا مالكا فى هذا الاتجاه، حيث إن الوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصى وقبوله إياها باتفاق، فكيف ينقل عن ملكه ما وجب له بغير طيب نفس منه تغير الوصية؟!.

وهناك اتجاه آخر يقول إذا ادعى الورثة أن الجزء الذى عينه الموصى أكثر من الثلث الذى أوصى به كلفوا بيان ما ادعوا.

فإذا ثبت صدق دعواهم أخذ الموصى له الثلث، أما إن كان الثلث فأقل أجبروا على إخراجه.

وإذا لم يختلفوا فى أن ذلك الشيء الموصى به هو فوق الثلث، فعند مالك أن الورثة سيخيرون بين أن يدفعوا إليه ما وصى له به، أو يفرجوا له عن الجميع ثلث مال الميت، إما فى ذلك الشيء بعينه، وإما فى جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك فى ذلك.

وقال أبو حنيفة والشافعي: له ثلث تلك العين الموصى بها، ويكون شريكا للورثة فى جميع ما ترك الميت حتى يستوفى تمام الثلث.

وسبب الخلاف فى ذلك أن الميت لما تعدى فى أن جعل وصيته فى الشيء بعينه، فالورثة بين أمرين:

الأمر الأول: أن يمضوا الوصية كما عبر عنها الموصى.

الأمر الثاني: أن يفرجوا للموصى له إلى غاية ما يصل إليه الثلث فى التركة حتى يبطلوا التعدى فيما زاد على الثلث.

والأمر الثانى هو الأقرب إلى العدالة؛ لأن فى تكليفهم بإمضاء وصية الموصى كما صدرت عنه حملا لهم على التخلى عن بعض ما يملكون[1].

* * *

(١) بداية المجتهد ٢ / ٤٣٤.

الوصية لجهات متعددة

تعدد الموصى لهم:

قد يوجه الإنسان وصيته إلى معين، أى إلى شخص يحدده بعينه أو بوصفه..

وحين ذلك فإن وصيته تنفذ فى حق من وجهها إليه، ولكن الموصى قد يوجه وصيته إلى غير معين، ثم يظهر أن الموصى له أكثر من شخص أو أكثر من جهة..

فكيف يتم تنفيذ الوصية على هؤلاء المتعددين؟

النظر إلى الوصية يكون من جانبين: مقدار الوصية، والموصى له.. والمقدار محدد بثلث كما أشرنا قبل ذلك، ولا يزيد عن الثلث إلا بإجازة الورثة، ولكنه إن قل فليس له حد أدنى..

والموصى له يستحق مقدار الوصية، فإن كان واحداً حاز هذا المقدار، وإن كان متعددا تمت قسمة المقدار عليهم جميعاً.

فإذا كان الموصى – مثلا – قد أوصى لحمل امرأة معينة دون أن يعلم جنس هذا الحمل ولا عدده، فولدت المرأة ذكراً وأنثى، فإن الوصية بينهما على التساوى..

لأن الوصية تبرع يستوى فيه الذكر والأنثى كالهبة..

لكنه إن حدد فى وصيته فقال إن ولدت هذه المرأة ذكراً فله ألف، وإن ولدت أنثى فلها خمسمائة..

ثم إن المرأة ولدت ذكرا وأنثى، فإن للذكر ألفا، والأنثى خمسمائة، لا لأن «للذكر مثل حظ الأنثيين» كما فى الميراث، ولكن لأن الموصى نفسه قد حدد مقدارا معينا للذكر ومقدارا معينا للأنثى.

وعلى ذلك إذاولدت هذه المرأة – على سبيل الفرض – ذكرين وأنثيين، فإن الذكرين يشتركان فى الألف، والانثيين تشتركان فى الخمسمائة[1]. ومن المسائل الحسابية المشهورة فى هذا الباب أنه إذا أوصى رجل لرجل بنصف ماله، وأوصى لرجل آخر بثلثه، ولم يجز الورثة من الوصية إلا الثلث، فإنه يقسم بين الرجلين بنسبة ما كان سيأخذه كل منهما وذلك عند مالك والشافعى.

وعند أبى حنيفة أنهما يقتسمان الثلث بالتساوى بينهما. وسبب الاختلاف أن مالكا والشافعى يريان أن الجزء الزائد على الثلث قد سقط بإسقاط الورثة وهذا حقهم.

أما حق الموصى فى توزيع مقدار الوصية بين الأفراد الموصى لهم فهو حق ثابت لا ينازعه فيه أحد.

وعند أبى حنيفة أن الجزء الزائد عن الثلث جزء غير معتبر أصلا، فيبطل الأخذ به كما لو كان معينا، ومن هنا فإن الموصى لهم يقتسمون الثلث بالسوية[2]. والوصية لمعين تقتضى التسوية إلا إذا أراد الموصى نفسه التمييز، فمن أوصى لفلان من الناس وللمساكين بوصية ما، فإن لفلان هذا نصف الوصية، وللمساكين نصفها، لأن الموصى جعلها لجهتين، فوجبت قسمتها نصفين.

وإن أوصى لفلان، وللفقراء وللمساكين، فإن الوصية تقسم أثلاثا، لكل من هذه الجهات ثلثها.

وإن أوصى لرجل معين بجنيه، وأوصى للفقراء بثلاثة، وكان هذا الرجل فقيراً أيضاً، فإنه لا يأخذ إلا الجنيه الموصى به، لأن الموصى قد قطع الاجتهاد فى الدفع إليه بتقدير حقه بالجنيه دون زيادة.

أما إذا كانت الوصية لغير معين، كأن يقول مثلاً: أوصيك بأن تضع ثلث مالى فى وجه من وجوه البر.

---

(١) الكافى فى الفقه على مذهب أحمد ٢/ ٣٢٨.
(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٤٣٥.

فليس للمخاطب بهذه الوصية أن يأخذ مقدار الوصية لنفسه، لأن ذلك تمليك ملكه بالإذن، فلم يملك صرفه إلى نفسه ولا إلى ولده.

والمستحب – حينئذ – صرف الوصية إلى أقارب الميت من الفقراء الذين لا يرثون لأنهم أولى الناس بوصية الميت وصدقته.

وقد نقل عن ابن حنبل فيمن وصى بثلث ماله فى أبواب البر أن يقسم هذا الثلث على أبواب الجهاد، وعلى الأقارب، وعلى الحج.

ولكن ليس هناك دليل على هذا التحديد، فإن أبواب البر كثيرة، واللفظ عام ليس معه قرينة تخصصه، فوجب إبقاؤه على العموم، وجاز تنفيذ هذه الوصية على أى وجه من وجوه البر دون تحديد.

أما إذا وصى لشخص معين ولله، فإن الوصية كلها تذهب إلى هذا الشخص، لأن ذكر الله هنا إنما يكون للتبرك باسمه «والله غنى عن العالمين».

وذلك نحو قوله تعالى: ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ [الأنفال: ٤١] بعكس ما لو وصى لزيد وبكر، وظهر أن بكرا ميت، فإن زيدا يأخذ نصيبه وهو النصف، أما بكر فقد كان الموصى يظنه حياً فظهر موته[١].

* * *

(١) الكافى فى الفقه ٢/ ٣٢٩ وما بعدها.

تعليق الوصية على شرط فى الحياة

يجوز تعليق الوصية على شرط فى الحياة، كما يجوز تعليقها على شرط بعد الموت، لأن ما بعد الموت فى الوصية كحال الحياة.

وتعليق الوصية على شرط معين يعدّ تعليقا على مجهول وهو جائز فى الوصية.. فمن قال مثلا: أوصيت بثلث تركتى لإبراهيم، وإن قدم على من سفره فهذا الثلث له، ثم قدم على فى حياة الموصى، فقد تحقق الشرط الذى اشترطه الموصى، ومن ثم فإن الوصية لعلى لا لإبراهيم.

أما إذا قدم على بعد وفاة الموصى فهى لإبراهيم، لأنه استحقها بموت الموصى مباشرة، وصارت ملكه، فلا تنتقل الملكية عنه إلى غيره.

وإذا أوصى شخص لجهة غير معينة كالفقراء، أو «فى سبيل الله»، فإن الوصية تلزم بموت الموصى، ولا اعتبار هذا للقبول.

أما إن كانت الوصية لشخص معين لم تلزم إلا بالقبول لأنها تمليك فأشبهت الصدقة.

ولكن متى يعتبر هذا القبول؟

يعتبر القبول بعد موت الموصي، حيث الوصية مضافة إلى ما بعد الموت، فإذا صدر قبول الموصى له بعد موت الموصى ثبت له الملك.

وإذا رد الوصية فى حياة الموصى، قيل إنه لا يصح الرد، لأنه لا حق له فى الحياة، فلم يملك إسقاطه[1].

(١) الكافى فى الفقه ٢/ ٣٢١.

وإن ردها بعد الموت قبل القبول صح، لأن الحق ثبت له فملك إسقاطه.. وإن ردها بعد القبول لم يصح الرد، لأنه ملك ملكاً تاماً فلم يصح رده أى أنه بمجرد قبوله قد صار مالكاً للشيء الموصى به، فرده له بعد ذلك يعد بمثابة تنازله عن شيء يملكه.

ونرى أن تعليق القبول على موت الموصى لا مبرر له، إذ إن الوصية وإن كانت مضافة إلى ما بعد الموت فإن للإيجاب من الموصى اعتباره فى حياته.

فإذا اعتبر القبول بعد وفاته، فإنه يكون أكثر اعتباراً فى حياته.. وإذا كانت الوصية عقدا من العقود - وإن كانت من عقود التبرعات - فالأصل فى العقود حضور الطرفين وأن يضمهما مجلس واحد، ومعنى ذلك أن اعتبار قبول الوصية بعد وفاة الموصى يكون خلاف هذا الأصل، كما أن رد الموصى له الوصية فى حياة الموصى يعد استخداماً لحقه فى الرفض والقبول، فإذا كان قد رد الوصية فى حياة الموصى، فلا مجال لإلزامه بتجديد قبول أو رد بعد وفاته.

وقد نجد المبرر فى عدم جواز الرد بعد القبول وبعد وفاة الموصى، لأنه لما قبل انتقل الموصى به إلى ملكيته، فلم يعد هناك مجال الرد بعد ذلك إلا أن يكون بمثابة تنازل المالك عن بعض ما يملك.

صحيح أن الموصى له إذا مات بعد وفاة الموصى وقبل القبول فقد تبطل الوصية لأنها - كما قلنا - عقد يفتقر إلى القبول، فبطلت بالموت قبل القبول كالهبة.. ولكن مادام قد صدر القبول فقد انتقل الموصى به إلى الموصى له وثبتت الملكية. وقد رأى بعض الفقهاء أن حق القبول ينتقل من الموصى له رلى ورثته بعد وفاته، ويقوم الوارث مقام الموصى له فى القبول والرد.

ورؤيتهم - فى ذلك - تعتمد على أن الوصية عقد لازم من أحد طرفيه فلم يبطل بموت من له الخيار، فإذا قبل الوارث ثبت الملك له.

* * *

الوصية بالحاضر والغائب

أشرنا قبل ذلك إلى أن الوصية الجائزة التى لا تتوقف على إجازة أحد هى الوصية فى الثالث.

وقد يطلق هذا (الثلث) فلا يحدد بمقدار محدد، ولكن يترك تقديره لما بعد وفاة الموصى وعند حصر التركة.

فقد يوصى رجل لرجل آخر بثلث ماله، وهذا الثلث منه ما هو حاضر الآن، ومنه ما هو غائب، أو منه - بالتعبير الاصطلاحى - ما هو عين وما هو دين.

وفى تنفيذ هذه الوصية على هذا الإطلاق يكون للموصى له ثلث العين الحاضرة، وللورثة ثلثاها.

وكلما حضر شيء من الجزء الغائب قسم أثلاثا، فأخذ الموصى له ثلث، وأخذ الورثة ثلثين.

والجزء الذى يأخذه الموصى له ينتقل إلى ملكيته، وهو حر التصرف فيه لأن الوصية فيه نافذة.

ولا تتوقف ملكية هذا الجزء على حضور الأجزاء الباقية أى أن هذه الملكية تتم شيئا فشيئا وبالتدريج بناء على حضور الجزء الباقى الذى تتعلق الوصية بثلثه، وإذا تلف الجزء الغائب أيضا فإن التلف يعود على كل من الموصى له والورثة بنسبة نصيب كل فريق.

ومن المسائل الفقهية المختلف عليها بين كل من مالك والشافعى ما إذا أوصى بجزء من ماله وله مال معلوم ومال غير معلوم. فعند مالك أن الوصية تكون فى المعلوم دون المجهول، وعند الشافعى تكون فى المعلوم والمجهول على السواء.

وسبب الخلاف فى إطلاق اسم (المال) : هل يصدق على ما علم فقط، أم يتضمن ما علم وما لم يعلم؟

فإذا صدق على المجهول والمعلوم معا، فان الوصية تنفذ فيهما على السواء، وهذا رأى الشافعى .

أما إذا صدق على المعلوم دون المجهول، فإن الوصية تنفذ في المعلوم فقط . . وهذا رأى مالك .

والقول بنفاذ الوصية على المال المجهول يعد بمثابة تعليق الملكية على شيء موهوم قد يتحقق وقد لا يتحقق .

فقد يكون هذا المال الغائب أو المجهول فى يد أحد الغاصبين، أو فى سفينة معرضة للغرق أو غير ذلك .

وما دام هكذا غائبا ميئوسا من حضوره فلا مجال لنفاذ الوصية فيه، فإذا حضر أو صار معلوما أمكن تنفيذ الوصية فيه .

وقد نصت المواد من (٤٣)، (٤٦) من قانون الوصية على هذه الحالات فجاء فيها ما يلى :

(مادة ٤٣) : إذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين وكان فى التركة دين أو مال غائب، فإن خروج الموصى به من ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له، ورلا استحق منه بقدر هذا الثلث، وكان الباقى للورثة .

وكلما حضر شيء استحق الموصى له ثلثه حتى يستوفى حقه . وهذا يتفق مع ما عرضناه فى السطور السابقة من اشتراك كل من الموصى له والورثة فى الجزء الحاضر والجزء الغائب كل حسب نصيبه[1] .

وتكمل المادة (٤٤) هذه الصورة فيما إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة وكان فيها دين أو مال غائب .

---

(١) انظر الكافى فى الفقه على مذهب ابن حنبل (السابق) .

فإن الموصى له يستحق سهمه فى الحاضر منها، كما يستوفى سهمه فى كل ما يحضر بعد ذلك[١].

وقد يطلق الموصى وصيته فيجعلها فى جزء شائع من المال..

فهو لم يحدد مقدار الوصية، وإنما جعلها «من ثلث أمواله»، فإن هذا الثلث لا يعتبر من تاريخ الوصية بل من تاريخ الوفاة.

فلو قال مثلا: أوصيت بثلث مالى للفقراء، وكان هذا المال عشرين ألفا فى حياته، ولكنه أصبح بعد وفاته ١٢٠٠٠ (أثنا عشر ألفا فقط).

فإن الموصى له لا يستحق إلا ثلث هذا المبلغ الأخير (٤٠٠٠)، حيث تكون العبرة فى نفاذ الوصية بموت الموصى لا بإنشائه للوصية.

* * *

---

(١) المادة (٤٥): إذا كانت الوصية بسهم شائع فى نوع من التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه فى الحاضر من هذا النوع إن كان هذا السهم يخرج من ثلث الحاضر من التركة، وإلا استحق الموصى له من سهمه بقدر هذا الثلث، ويكون الباقى للورثة، وكلما حضر شيء استحق الموصى له بقدر ثلثه من النوع الموصى بسهم فيه على ألا يضر ذلك بالورثة.

هلاك الموصى به واستحقاقه

قبل أن نعرض لحالات هلاك الموصى به أو استحقاقه نبين المقصود بكل من الهلاك والاستحقاق:

فهلاك المال يعنى ضياعه واستحالة الانتفاع به، ومن هنا يقال: فلان هلك إذا مات، لأن الموت فناء الحياة وانتهاء خواصه.

ومنه قوله تعالى: ﴿إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦] ويقال لمن لم ينتفع بعقله إلى الاهتداء إلى الطريق الصحيح بأنه «هلك»، كأنه فنى بفناء عقله إذ سلب الانتفاع به.

ولما كان الإنسان يحوز المال بغرض الانتفاع به، فإن هلاكه يفوت هذا الغرض، وكأنه لا مال له.

وقد جاء فى تعريف الهلاك أيضاً أنه (خروج الشىء عن أن يكون منتفعا به الانتفاع الموضوع له)[١].

أما الاستحقاق فقد عرفه الحنفية بأنه: ظهور كون الشىء حقا واجبا للغير[٢].

أى أن يكون المال مملوكا لشخص، ثم يظهر أن هذا المال مستحق لشخص آخر، فتكون الملكية الحقيقية لهذا الشخص الأخير.

كما عرفه المالكية بأنه: رفع ملك شىء بثبوت ملك قبله بغير عوض[٣].

وإذا ظهر هذا الاستحقاق فى الشىء الموصى به كأن يوصى إنسان بماله أو بجزء من المال، ثم يظهر أن هذا المال مستحق لشخص آخر، فقد بطلت الوصية.

فإن استحق بعضه بقيت الوصية فى الباقى، لأنها تبطل بخروج الموصى به عن ملك الموصى.

---

(١) معجم لغة الفقهاء، د/ محمد رواس قلعجى، د/ حامد صادق.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/ ١٩١.

(٣) الشرح الصغير ٢/ ٢٦٦.

وبالاستحقاق تبين أنه أوصى بمال غير مملوك له.

والوصية بما لا يملكه الإنسان وصية باطلة[1].

وقد نظم قانون الوصايا أحكام هلاك الموصى به أو استحقاقه فى ثلاث مواد من (مادة ٤٧) إلى (مادة ٤٩).

فبين حالات الهلاك والاستحقاق على النحو التالى:

١ - إذا هلكت العين الموصى بها كلها أو ظهر أنها مستحقة:

وحين ذلك تبطل الوصية، ولا شيء للموصى له.

وقد سئل الإمام مالك عن مثل هذه الصورة التى يهلك فيها الموصى به كله، فأجاب بأن الوصية قد بطلت من أساسها.

وأساس ذلك أن المال إنما ينظر إليه يوم ينظر فى الثلث، فإذا هلك هذا الثلث أو تلف قبل ذلك، فكأن الميت لم يتركه، وكأنه لم يكن أوصى فيه بشىء.

وليس للموصى له أن يأخذ شيئاً من الورثة، حيث قد سقط حقه[2].

٢ - إذا هلك بعض الموصى به، وبقى بعضه الآخر.

فإن الموصى له يأخذ ما بقى منه إن كان يخرج من ثلث التركة، فإذا كان هذا الباقى هو كل ما بقى من التركة بوجه عام، أخذ الموصى له بثلث هذا الباقى.

وقد جاء فى (مدونة مالك) أيضا أن من أوصى بألف من ماله للفقراء والمساكين، فهلك بعض هذا المال، وبقى بعضه، فإن الفقراء والمساكين يأخذون وصيتهم من هذا الجزء الباقى إن كان فى حدود الثلث. وإن زاد عن ثلث الباقى فإنهم لا يأخذون هذه الزيادة.

٣ - إذا كانت الوصية بحصة شائعة فى عين معينة فهلكت هذه العين..

كأن يقول الموصى مثلا: أوصيت لفلان بجزء من هذه العمارة، دون تحديد هذا الجزء.

---

(١) العناية على الهداية، هامش تكملة فتح القدير ٨/ ٤٩٨.

(٢) المدونة ١٥/ ٢.

ثم إن العمارة كلها قد انهارت ولم يبق منها شيء.. فحكمها حكم الصورة الأولى، أى أنه ليس للموصى شيء، إذ أن موضوع الوصية نفسه قد زال، فلم يعد هناك مجال لتنفيذ الوصية.. وإذا كان الأمر كذلك فليس للموصى له أن يطالب الورثة بحقه فى الوصية من عمارة أخرى كان يملكها الموصى.

لأن الوصية وإن كانت بجزء شائع، فإنها كانت فى عين معينة، وقد هلكت هذه العين، فسقطت الوصية بهلاكها.

وقد أفتى ابن عباس فيمن أوصى لرجل بشيء بعينه فى حدود الثلث، فهلك هذا الشيء أنه ليس للموصى له أن يحاص (أى يقاسم) الورثة وقد سقط حقه.

٤ – وهذه الصورة تشبه سابقتها، بأن كانت الوصية فى حصة شائعة فى عين معينة.. ولكن بعض هذه العين قد هلك، وبقى بعضه الآخر. ففى مثالنا السابق فى الوصية بجزء شائع من (هذه العمارة) بعينها فإذا سقط نصف هذه العمارة أو استحق لشخص غير الموصى.

فإن الموصى له – حينئذ – يأخذ وصيته من الباقى إن كان هذا الباقى يتسع لمقدار الوصية.

فإذا لم يتسع فإنه لا يأخذ إلا الثلث من هذا الباقى، ولاسيما إذا كان هذا الباقى هو كل ما تركه الموصى من ثروة.

٥ – إذا كانت الوصية بحصة شائعة فى نوع واحد من أموال الموصى.. كأن يقول الموصى مثلا: أوصيت لفلان بجزء من هذه الأرض، وله أرض أخرى وعمارات وعقارات كثيرة.

ثم إن الأرض التى عناها بالوصية قد هلكت أو استحقت.. فلا شيء – حينئذ – للموصى له، لأن الوصية كانت فى نوع معين من أنواع الثروة لا فى كل الأنواع.

أما إن هلك بعض هذا النوع أو استحق وبقى بعضه الآخر فليس للموصى له إلا حصته فى الباقى إن خرجت من ثلث المال، وإلا أخذ منه بقدر الثلث.

(وتكون الوصية بعدد شائع فى نوع من الأموال كالوصية بحصة شائعة فيه)[1].

وقد جاء فى (بدائع الصنائع – للكاسانى)[2].

(لو قال : أوصيت له بشاة من غنمى هذه . . ثم ماتت الغنم أو باعها بطلت الوصية) ولو قال : أوصيت بهذه الشاة لفلان، فولدت الشاة ثم ماتت بعد الولادة، فليس على الورثة أن يعطوه وصيته مما ولدت، لأن الوصية تعلقت بعين مشار إليها، ولا تجب فى غيرها .

ولو قال الموصى : أوصيت بثلث غنمى لفلان، وكان له مائة شاة فهلك الثلثان وبقى الثلث .

فإن الموصى له يستحق ثلث الباقى لا ثلث الغنم كله، ويكون ما هلك على الورثة وعلى الموصى له كذلك، كما يفعل فى الميراث، حيث يعود النقص على الجميع .

وقد كانت الوصية بثلث الغنم لا بالغنم كله، فما بقى من الغنم فإن الوصية تنفذ فيه فى حدود الثلث[3].

فإذا أوصى بجزء معين من ماله فهلك المال كله إلا هذا الجزء . كأن يقول : أوصيت لفلان بهذه السيارة، فضاع ماله إلا هذه السيارة فإنها من حق الموصى له عند مالك .

ولعله قال بذلك لالتزامه بقاعدة من قواعد الميراث وهى إخراج الوصايا من التركة قبل أنصبة التركة، وأن الوصية مقدمة على الميراث .

ولكننا نرى أن التركة – فى هذه الصورة – قد انحصرت فى السيارة (الموصى بها)، وأن للورثة حقا يتعلق فيها .

فإذا لم تبق إلا هى فهى التركة كلها، ولا تنفذ الوصية إلا فى الثلث منها .

* * *

---

(١) مادة (٤٩) من قانون الوصايا .

(٢) ج ٦ / ٣٣٣ .　　　(٣) المدونة ١٥ / ٥ .

بطلان الوصية

معنى البطلان:

البطلان يختلف تبعا للعبادات والمعاملات:

فالبطلان فى العبادات هو عدم اعتبارها وكأنها لم تكن، كمن يصلى مثلا بغير وضوء.

والبطلان فى المعاملات أن تقع على وجه غير مشروع بأصله ولا بوصفه. وينشأ عن هذا البطلان تخلف الأحكام كلها عن التصرفات، وخروجها عن كونها أسبابا مفيدة لتلك الأحكام التى تترتب عليها.

ويرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه لا فرق بين البطلان والفساد فى التصرفات سواء أكان ذلك فى العبادات أم فى المعاملات أم فى المعاوضات.

ومن القواعد الفقهية فى البطلان (إذا بطل الشىء بطل ما فى ضمنه)[1].

وأوردوا لذلك مثالا بأن من قال لآخر: أذنت لك بأن تقتلنى على أن تعطى ورثتى ألفا، فقتله، وجب على القاتل القصاص، ولا اعتبار للإذن بالقتل.

وإذا وهب رجل لرجل هبة باطلة، فإنه لا يترتب عليها نقل ملكية، كما لا يملك الموهوب له هذه الهبة.

أسباب البطلان فى الوصية:

تحدثنا – فى مبحث سابق – عن أركان الوصية، كما عرضنا شروطاً يجب توفرها فى كل ركن حتى تكون الوصية صحيحة نافذة.

ونقول هنا إجمالاً إن تخلف ركن من هذه الأركان يترتب عليه بطلان هذه الوصية.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم/ ٣٩١ .

كما أن اختلال الركن وعدم تحقق الشروط المتعلقة به قد يؤدى إلى هذا البطلان.

وإذا أردنا أن نفصل هذا القول فإننا نعرض الأسباب المؤدية إلى بطلان هذه الوصية، والمتعلقة بكل ركن من أركان الوصية على النحو التالى:

ما يتصل بصيغة الوصية:

الأصل فى تكوين الصيغة أنها من إيجاب وقبول، حيث هما الوسيلتان للتعبير عن إرادتين وتراضيهما.

ومن هنا فإن هذا التعبير هو الذى يبرم الاتفاق بين الإرادتين، ويحقق التراضى فينتج عنه العقد، وترتب على هذا العقد آثاره.

والصيغة – بناء على ذلك – هى الصورة الخارجية للعقد، حيث تكون الصورة الداخلية هى النية، أو هى بتعبير اصطلاحى (الإرادة الباطنة).

وتكون الصيغة – إذن – هى الإرادة الظاهرة المعبرة عن النية المستترة لكل من العاقدين.

ومن الأسباب التى تؤدى إلى فساد الصيغة ما يأتى:

١ – مخالفة الإيجاب للقبول:

فإن الذين يشترطون القبول فى الوصية يقولون بوجوب مطابقة القبول للإيجاب.

فإن خالف القبول الإيجاب فسدت الصيغة، لأن المخالفة تعنى عدم الارتباط بينهما.

فيبقى الإيجاب بلا قبول، فلا يتم الركن، والركن – كما أشرنا قبل ذلك – هو الصيغة عند الحنفية.

فإذا قال رجل لرجلين معا: أوصيت لكما بهذه السيارة، فقبل أحدهما بعد

موت الموصى، ورد الآخر لم يصح القبول، لأن الوصية بالسيارة كانت لهما معاً، فإذا قبل أحدهما ورد الآخر لم يوجد الشرط وهو قبولهما معاً فبطلت الوصية[1]. وهذا بخلاف ما لو أوصى بهذه السيارة لإنسان، ثم أوصى بها لإنسان آخر، فقبل أحدهما الوصية بعد موت الموصى، وردها الآخر.

فإن النصف يأخذه الموصى له الذى قبل، وأما النصف الآخر فإنه يرد إلى ورثة الموصى.

وذلك لأن هذا الموصى قد أوصى لكل منهما على حدة، فلا يشترط اجتماعها فى القبول.

وإذا رد أحدهما بعد موت الموصى، فإن الركن لم يتم فى حقه، وبطلت الوصية له.

٢ - عدم مطابقة اللفظ للمعنى المستعمل فيه:

وذلك لأن الجهل بمعنى اللفظ مسقط لحكمه، ومعنى ذلك أن الإنسان إذا نطق باللفظ دون معرفة بمعناه، ودون قصد إليه لم يلتزم بمقتضاه.

فإن قال الموصى: أوصيت بدابتى لفلان، وهو يقصد السيارة فإن الوصية باطلة، لأنه لم تجر عادة الناس بإطلاق الدابة على السيارة. ولو قال: أوصيت بثلث مالى لزيد، وكان لا يعرف اسم هذا الموصى له.. فقد بطلت الصيغة وبطلت الوصية كذلك.

وقد قسم ابن القيم[2] الألفاظ بالنسبة إلى مقاصد المتلكمين ونياتهم وإرادتهم لمعانيها ثلاثة أقسام.

القسم الأول: أن تظهر مطابقة القصد للفظ المنطوق.

القسم الثانى: ما يظهر بأن المتكلم لم يرد معناه.

القسم الثالث: ما هو ظاهر فى معناه ويحتمل إرادة المتكلم له.

---

(١) البدائع ٧/٣٣٤ .

(٢) أعلام الموقعين ج ٣/١٠٧ .

٣ - عدم صدور الصيغة عن اختيار:

فإن التصرفات التى تحتمل الفسخ - ومنها الهبة والوصية ونحوها - تفسد بالإكراه. وعند بعض الأحناف تتوقف على الإجازة[١].

● ما يتصل بالموصى:

تتضمن المواد (١٤)، (١٨)، (١٩) من قانون الوصية حالات بطلان الوصية فيما يتصل بالموصى.

فالوصية تبطل بجنون الموصى جنونا مطبقا إذا اتصل بالموت، كما تبطل برجوعه عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة.

ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به.

وإذا كانت المواد المذكورة قد أجملت أسباب بطلان الوصية فيما يتصل بالموصى.. فقد فصلها الفقهاء على النحو التالى:

١ - الموصى ليس من أهل التبرع:

فلا تصح الوصية من الصبى والمجنون لأنهما ليسا من أهل التبرع، والتبرع من التصرفات الضارة بالمال ولا يقابله عوض دنيوى.

ولو قال الصبى: إذا أدركت ثم مت، فثلث مالى لفلان لم يصح، لأن عبارته لم تقع صحيحة، فلا تعتبر فى إيجاب الحكم بعد الموت[٢].

وقد جاء فى بعض كتب الحنابلة[٣] أنه لا وصية للطفل والمجنون، إذ لا حكم لكلامهما ولا تصح عبارتهما، ولا شىء من تصرفاتهما.. فكذا الوصية.

٢ - إجبار الموصى على الوصية:

فإن من شروط صحة الوصية رضا الموصى، لأن الوصية إيجاب ملك أو ما يتعلق بالملك.

---

(١) أعلام الموقعين ج ٣/١٠٧ - ١٠٨ .
(٢) البدائع ٧/٣٣٤ . (٣) انظر المغنى ٦/١٠٢ .

ومن هنا فإن وصية كل من الهازل والمكره والخاطىء باطلة، لأن هذه العوارض تفقد الرضا.

ومن آثار الإكراه على الإقرارات - عند الحنفية - إبطال الإقرار وإلغاؤه، فإذا أكره الإنسان على الوصية وأقر بها، بطل الإقرار وبطلت الوصية.. والحجة فى ذلك أن الإكراه يعدم الرضا.

٣ - رجوع الموصى عن وصيته:

قال الفقهاء: لكل من المستعير والمعير رد العارية متى شاء، ورد المعير بمعنى رجوعه[١].

ويكون الرجوع فى الوصية بالقول كرجعت فى وصيتى، أو أبطلتها ونحوه كرددتها[٢].

وقد يختص الرجوع بمن يصدر منه التصرف كالرجوع فى الهبة والرجوع فى الوصية.

كما يستعمل الرد فيمن صدر التصرف لصالحه (الموصى له) كرد المستعير للعارية، ورد الموصى له الوصية.

ولأن الوصية من العقود الجائزة (غير اللازمة) فإن الرجوع فيها مباح وهو يبطل الوصية ويبطل الآثار المترتبة عليها.

وكما يكون الرجوع عن الوصية بالقول يكون بالتصرف، كأن يفعل الموصى فى الموصى به فعلا يستدل به على الرجوع ويقطع به الملك فيبيع الموصى به أو يهبه، وكما إذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه قميصا.

وذلك لأن كل فعل من هذه الأفعال تبدل العين وتصيرها شيئاً آخر اسما ومعنى، فكان استهلاكا من حيث المعنى، فكان دليل الرجوع[٣] ورجوع الموصى عن وصيته يشبه جحوده وإنكاره وهو يؤدى إلى فسخ الوصية وإبطالها.

---

(١) القليوبى وعميرة ٣/٢١.
(٢) شرح منتهى الارادات ٢/٥٤٥.
(٣) البدائع ٧/٦١.

● **ما يتصل بالموصى له:**

١ - ألا يكون الموصى له موجودا:

فالوصية للمعدوم باطلة، ويعتبر الوجود من وقت الموت، ونقصد به موت الموصى.

فإذا قال الموصى: أوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة، فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى ولدا ميتا، فلا وصية له، لأن الميت ليس من أهل استحقاق الوصية(١).

٢ - أن يكون الموصى له وارثا للموصى:

وهذا عند بعض الفقهاء كالظاهرية، فعندهم أن الوصية لوارث غير جائزة، فإن أوصى لوارث فالوصية باطلة وإن أجازها الورثة.

لكن الجمهور على غير هذا الرأى.

٣ - إذا قتل الموصى له الموصى:

وقد نصت المادة (١٧) من قانون الوصية على أن قتل الموصى له للموصى عمدا يمنع استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة.

وسواء أكان القاتل فاعلا أصليا أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه.

وإذا كان قد روى عن الرسول ﷺ قوله «ليس لقاتل شيء» فإن ذكر كلمة «شيء» نكرة فى محل النفى، فتعم الميراث والوصية، لأن الوصية أخت الميراث.

ولو اشترك عشرة فى قتل رجل فأوصى لبعضهم بعد الجناية لم تصح.

٤ - موت الموصى له فى حياة الموصى:

فإذا مات الموصى له قبل موت الموصى بطلت الوصية، لأنه مات قبل استحقاقها.

---

(١) تنص المادة ٨ من قانون الوصية على بطلانها إن تعذر وجودها.

فإن مات بعده قبل القبول فتبطل كذلك، لأن عقد الوصية عقد يفتقر إلى القبول، فبطلت بالموت قبل القبول.

وقيل: يقوم الوارث مقام الموصى له فى القبول والرد، لأنه عقد لازم من أحد طرفيه فلم يبطل بموت من له الخيار[١].

وقد قال البعض: إذا علم الموصى بموت الموصى له، ولم يحدث فيما أوصى به شيئاً، فهو لوارث الموصى له، لأنه مات قبل عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصى وقبل القبول.

ولكن أبا حنيفة والشافعى يتجهان إلى بطلان الوصية لميت، لأنها موجهة إلى من لا تصح له الوصية.

٥ - رد الموصى له الوصية:

فإن رد الموصى له الوصية بعد موت الموصى بطلت الوصية، أما إن ردها قبل موت الموصى فلا يصح الرد.

أما إن ردها بعد موت الموصى فقد أسقط حقه فى حال يملك قبوله وكل موضع صح الرد فيه فإن الوصية تبطل بالرد وترجع إلى التركة فتكون للورثة جميعهم.

فإذا بطلت الوصية رجع إلى ما كان عليه كأن الوصية لم توجد.

ويحصل الرد بقول الموصى له: (رددت الوصية) أو (لا أقبل الوصية).

فإن مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد قام وارثه فى ذلك مقامه إذا كان موته بعد موت الموصى[٢].

---

(١) الكافى فى الفقه ٢/ ٣٢٢، المغنى: ٦/ ٢٠.

(٢) المغنى ٦/ ٢٣، وجاء فى المادة (٢٤): لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصى، فإذا رد الموصى له الوصية بعد الموت وقبل القبول بطلت فيما رد، وإذا ردها كلها أو بعضها بعد الموت والقبول وقبل منه ذلك أحد من الورثة انفسخت الوصية وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده. وفى المادة (٥٩): تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها.

● **ما يتصل بالموصى به:**

١ - عدم تمول الموصى به، أو عدم تقومه.

فإن الوصية تكون بالمال أو بما يتعلق بالمال، ومحل الملك هو المال.

ومن أجل ذلك فلا تصح الوصية بالميتة والدم والخمر ولحم الخنزير لأنها ليست مالا متقوما عند المسلمين.

فالخمر والخنزير إن كانا ما لا فهما غير متقومين عند المسلم.

ولا تجوز الوصية من المسلم وله بالخمر، وقد يجوز ذلك من الذمى للذمى لأنهما مال متقوم فى حقهم.

٢ - عدم وجود الموصى به عند موت الموصى:

فلو أوصى رجل بثلث ماله، ثم مات، وهلك الموصى به بطلت الوصية وهذا السبب من أسباب البطلان يتضمن هلاك الموصى به بعد موت الموصى، أو استحقاق هذا الشيء الموصى به لشخص آخر غير الموصى.

إذ أن الهلاك والاستحقاق بمثابة انعدام الموصى به، فلا يكون هناك سبيل لوضع يد الموصى له عليه.

وقد تضمنت المواد (١٥)، (٤٧)، (٤٩) الأسباب المؤدية إلى بطلان الوصية فيما يتعلق بالموصى به. وهذا نصها:

مادة (١٥): تبطل الوصية إذا كان الموصى به معينا وهلك قبل قبول الموصى له.

مادة (٤٧): إذا كانت الوصية بعين من التركة أو بنوع من أنواعها فهلك الموصى به أو استحق فلا شيء للموصى له، وإذا هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له ما بقى منه وإن كان يخرج من ثلث التركة، وإلا كان له فيه بقدر الثلث.

مادة (٤٩) : إذا كانت الوصية بحصة شائعة فى نوع من أموال الموصى فهلك أو استحق فلا شيء للموصى له.

وإن هلك بعضه أو استحق فليس له إلا حصته فى الباقي إن خرجت من ثلث المال، وإلا أخذ منه بقدر الثلث.

هذه أهم أسباب بطلان الوصية، ولهذه الأسباب فروع وتفصيلات لم نشأ التعرض لها خشية الإطالة.

وبإنتهاء عرض هذه الأسباب نكون قد انتهينا من (الأحكام العامة) للوصية، ومن الكلام عن الوصية كلها بوجه عام.

والوصية هي الحق المتعلق بالتركة قبل التوريث، وقد ذكر فى القرآن أولاً: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾. ومن هنا آثرنا معالجتها فى هذا القسم الأول.

أما الديون. وهي الحق الثاني فى التركة بعد الوصية، فقد سبقت معالجتها فى كتاب مستقل.

ويبقى أن نعرض – فى القسم الثاني من هذا الكتاب – موضوعا إن لم يكن مطروقا فى الكتابات الحديثة، ولم يكن أيضاً من أجزاء التركة، فإن له اتصالا بموضوع الوصية.

ألا وهو: **(الوقف)**

* * *

القسم الثانى

أحكام الوقف

الفصل الأول

الوقف : تعريفه . مشروعيته . تاريخه

المبحث الأول : تعريف الوقف ومشروعيته

المبحث الثانى : تاريخ الوقف . . . تأبيد الوقف

المبحث الأول

تعريف الوقف[1] ومشروعيته

● **الوقــــف:**

الوقف – فى اللغة – هو الحبس مأخوذ من قولهم «وقف فلان كذا» أى حبسه.

وجمع الوقف أوقاف ووقوف.

والوقف اصطلاحها يعنى حبس المال الذى يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه على مصرف مباح.

ومعنى ذلك أن المحبوس هو المال الأصلى الذى يبقى على ملك صاحبه، أما الشىء المحبوس فهو ثمرة هذا المال، وهى التى تصرف على الجهة التى حددها صاحب المال الموقوف.

وسواء أكان ذلك وقفا أم حبسا فهما بمعنى واحد: فهو يسمى وقفا لأن العين موقوفة لا يجوز التصرف فيها بعد وقفها.

ويسمى حبسا لأن العين محبوسة لمصلحة المنتفع من ثمرتها[2].

وهكذا نرى أن الوقف منع بيع الرقبة والتصدق بالمنفعة على وجه مخصوص.

● **مشروعية الوقف:**

الأصل فى مشروعية الوقف مستنبط من الكتاب والسنة: فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿**لَن تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ**﴾ [آل عمران: ٩٢].

---

(١) انظر حاشيتى قليوبى وعميره ج ٣/ ٩٧.

(٢) العُدة شرح العمدة فى فقه ابن حنبل. بهاء الدين المقدسى / ٢٨٠.

ومن السنة قوله ﷺ: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له[1].

ولقد روى ابن عمر أن أباه (عمر بن الخطاب) أصاب أرضا - أى أخذها - فى خيبر، فأتى النبى ﷺ يسأله عن كيفية التصرف فيها.

فقال يا رسول الله: إنى أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط هو أنفس عندى منه.

قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها.

فتصدق بها عمر: أنه لا يباع أصلها، ولا يورث، ولا يوهب.. فتصدق بها فى الفقراء، وفى القربى وفى الرقاب، وفى سبيل الله وابن السبيل والضيف.

ولا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم صديقا غير متمول.

ومعنى أنه لا يباع الأصل ولا يوهب أن هذا هو الشرط فى الوقف، فإذا كان العين الموقوفة على ملك صاحبها، فإنه لا يجوز التصرف فيها بالبيع أو الهبة، حتى تظل منفعتها موقوفة على مصلحة الجهة الموقوف عليها.

وقد جرت العادة فى الوقف أن العامل عليه يباح له أن يأكل من الثمرة بالمعروف، حتى لو اشترط الواقف أن لا يأكل منه. والمراد بالمعروف القدر الذى جرت به العادة، وهو القدر الذى يذهب الجوع، لا القدر الذى يملأ البطن.

والأولى أن يأخذ بقدر عمله وحاجته مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [النساء: ٦] وهذا الخبر السابق المروى عن عمر يعد أصلا فى مشروعية الوقف[2].

وقد روى أحمد عن ابن عمر قوله: أول صدقة - أى موقوفة - كانت فى الإسلام صدقه عمر.

---

(١) رواه الجماعة إلا البخارى وابن ماجه.

(٢) نيل الأوطار للشوكانى ج١/ ١٤٩، سبل السلام للصنعانى ج٣/ ٩٣٦.

ولا خلاف بين العلماء - بناء على ما ورد من آثار فى مشروعية الوقف - فى جوازه وفى جواز التصدق بالفرع ما دام الواقف حيا.

فمن وقف أرضه على جهة من جهات البر يلزمه التصدق بمحصولها، ويكون ذلك بمنزلة النذر.

وهذا الوقف - فى أصل تاريخه - اقتداء برسول الله ﷺ، حيث روى أنه وقف، كما وقف أبو بكر وعمر وعثمان وعلى وغيرهم من الصحابة.

لأن الوقف ليس إلا إزالة الملك عن الموقوف وجعله لله تعالى خالصا.

● **الوقف والميراث:**

يرى ابو حنيفة أنه لما نزلت آية المواريث فى سورة النساء وفرضت فيها الفرائض قال رسول الله ﷺ: لا حبس عن فرائض الله تعالى، أى لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته.

والوقف حبس عن فرائض الله فكان منفيا شرعا(١).

ويرد على ما روى عن وقف رسول الله ﷺ أنه إنما جاز لأن المانع من وقوعه حبسا عن فرائض الله عز وجل أن رسول الله ﷺ قال: إنا معاشر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة أى أن الوقف هنا لم يبطل فريضة لأن الميراث لم يوجد أصلا أما أوقاف الصحابة فما كان منها فى زمن رسول الله ﷺ، فيحتمل أنها كانت قبل نزول آية المواريث فى سورة النساء، ومن ثم فإنها لم تكن حبسا عن فرائض الله.

وما كان من وقف بعد وفاة رسول الله ﷺ، فيحتمل أن الورثة هم الذين أجازوه، فصار جائزا مضافا إلى ما بعد موت الواقف، فأخذ حكم الوصية، ويجوز كسائر الوصايا.

فإذا جاز بطريق الوصية، فإنه لا يجوز بغير هذا الطريق، والدليل على ذلك أن الرجل لو أوصى بثلث ماله للفقراء جازت الوصية لأنها مضافة إلى ما بعد الموت.

---

(١) بدائع الصنائع ج ٦/ ٢١٩.

ولكنه لو تصدق بثلث ماله على الفقراء لم تجز الصدقة لأنها تصرف فى حياته، وفيها حق لورثته[1].

وحاصل ما يراه أبو حنيفة أن الوقف مع وجود الميراث غير جائز، ولا يلزم بمجرده، وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوصى بعد موته فيصير وصية ويلزم أن يحكم بلزومه.

ولعل مما يحتج به أبو حنيفة وغيره أن عبد الله بن زيد جعل حائطه (أى بستانه) صدقة، وجعله إلى رسول الله ﷺ، فجاء أبواه إلى الرسول ﷺ فقالا: يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط، فرده رسول الله ﷺ، ثم ماتا فورّثهما.

وذلك لأنه أخرج ماله على وجه القرُبة من ملكه، فلم يلزم بمجرد القول كالصدقة.

ويرد على هذا بأن القول هنا يخالف السنة الثابتة عن الرسول ﷺ، وإجماع الصحابة.

فإن النبى ﷺ قال لعمر فى وقفه: «لا يباع أصلها، ولا يبتاع، ولا يوهب ولا يورث».

وقد ذكرنا أن أبا بكر تصدق بداره على ولده، وتصدق عمر بأرض له عند المروة على ولده، كما تصدق عثمان ببئر يسمى (بئر رومة) وتصدق علىّ بأرضه فى ينبع.

كما تصدق غيرهم كسعد بن أبى وقاص وعمرو بن العاص..

ولم يكن أحد من أصحاب النبى ﷺ ذو مقدرة إلا وقف، ولم ينكر عليهم ذلك أحد فكان إجماعا.

وأما احتجاج أبى حنيفة بحديث عبدالله بن زيد فإنه إن ثبت هذا، فإنه لم

(١) بدائع الصنائع ج٦/ ٢١٩.

يرد فيه ذكر الوقف، والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف، وأنه استناب فيها رسول الله ﷺ فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما، ولهذا لم يردها عليه إنما دفعها إليهما.

ويحتمل أن هذا الحائط كان لهما وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما، فتصرّف بهذا التصرف بغير إذنهما فلم ينفذاه، وأتيا النبى ﷺ فرده إليهما.

ولا تقاس الصدقة على الوقف، لأن الصدقة تلزم فى الحياة بغير حكم حاكم، وإنما تفتقر إلى القبض، بعكس الوقف الذى لا يفتقر إليه.. وهذا فرق بينهما[1].

كما يوجد أيضا فرق بين المواريث التى حددتها الآية وبين الوقف، فليس فى آية الميراث منع الوقف.

ولابن حزم فى احتجاج القائلين بعدم جواز بالقول (لاحبس عن فرائض الله) بأن هذا الاحتجاج فاسد؛ لأنهم لا يختلفون فى جواز الهبة والصدقة فى الحياة والوصية بعد الموت وكل هذه مسقطة لفرائض الورثة عما لو لم تكن فيه لورّثوه على فرائض الله، فيجب بهذا القول إبطال كل هبة وكل صدقة وكل وصية لأنها مانعة من فرائض الله بالمواريث.

كما يرد حديث «لا حبس بعد سورة النساء» على اعتبار أنه - فى رأيه - حديث موضوع.

كما كان وقف الصحابة يعلم رسول الله ﷺ وبعد نزول آية المواريث فى سورة النساء.

ولو صح هذا الحديث لكان منسوخا باتصال الوقف بعلمه ﷺ إلى أن مات[2].

(١) انظر المغنى لابن قدامة جـ٥/ ٥٩٨.
(٢) المحلى لابن حزم ج ٩ /١٧٨.

كما يرد على القائلين بمنع الوقف بأن رسول الله ﷺ قال: «نحن معاشر الأنبياء لا نورث» بقوله إن رسول الله لم يترك دينارا ولا درهما إلا بغلته البيضاء وأرضا جعلها صدقة وقوله ﷺ: «لا نورث» لا يوجب الصدقة بأرضه، بل تباع فيتصدق بالثمن.. وأما عن صدقات الصحابة، فإن عمر قد ترك ابنيه صغيرين، مع أنه قد وقف أرضه بخيبر وكذلك عثمان وغيرهما، فلو كان الحبس غير جائز لما حل ترك أنصبة الصغار تمضى حبسا.

● **لزوم الوقف:**

يقصد بلزوم الوقف عدم جواز الرجوع فيه، وأن على الواقف أن يحبس العين الموقوفة، ويترك الثمرة الناتجة عنها صدقة للموقوف عليه.

ولكن الذين يقولون «بعدم لزوم الوقف بأن عمر بعد أن وقف أرضه وأخبر رسول الله ﷺ بذلك قال: لولا أنى ذكرت صدقتى لرسول الله لرددتها».

وهو يشعر بأن الوقف لا يمتنع الرجوع عنه، وأن الذى منع عمر من الرجوع كونه ذكره للنبى ﷺ، فكره ان يفارقه على أمر ثم يخالفه إلى غيره.

والحق أن الوقوف من القربات التى لا يجوز نقضها بعد فعلها لا للواقف ولا لغيره.

وقد قيل إن الوقف لا ينفذ إلا بعد القبض، وإلا فللواقف الرجوع؛ لأنه صدقة ومن شرطها القبض(١).

فإذا تم القبض فقد صار الوقف لازما بدليل وصف الرسول ﷺ له بأنه «صدقة جارية» أى مستمرة، وهذا يشعر بأن الوقف لم يلزم ولا يجوز نقضه، ولو جاز النقض لكان الوقف صدقة منقطعة لا جارية، وقد وصفه الحديث بعدم الانقطاع، كما وصفه بأنه «لا يباع ولا يوهب ولا يورث»، فإن هذا الوصف من الرسول ﷺ بيان لماهية التحبيس، وذلك يستلزم لزوم الوقف وعدم جواز نقضه، وإلا لما كان تحبيسا.

---

(١) انظر نيل الأوطار للشوكانى ج٧/ ١٥٠.

والمفروض ان الوقف - كما جاء فى تعريفه - تحبيس، ومن ذلك حديث أبى قتادة: «خير ما يخلفه الرجل بعده ثلاث: ولد صالح يدعو له، وصدقة تجرى يبلغه أجرها، وعلم يعمل به من بعده»(١).

والجرى يستلزم عدم جواز النقض من الغير(٢).

● قبض الموقوف:

يقصد بالقبض الاستيلاء على العين الموقوفة، حتى يمكن تحصيل فائدتها وتمكين الموقوف عليهم من هذه الفائدة.

وفى الوقت الذى يشترط فيه بعض الفقهاء القبض حتى إنهم قالوا إن الوقف لا يتم إلا بتمام القبض.

نرى آخرين لا يشترطون هذا القبض.

فممن تعددت أقوالهم - فى المذهب الواحد - حول اشتراط القبض أو عدم اشتراطه الحنابلة.

فقدحكم بعضهم بتمام الوقف دون اشتراط القبض، وتنازل بعضهم عن هذا الشرط حتى روى عن أحمد بن حنبل أن الوقف لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الواقف له عن يده.

وذلك لأن الوقف تبرع بمال لم يخرجه عن المالية، فلم يلزم بمجرده كالهبة.

والوقف - بناء على هذا الاتجاه - قد يكون صحيحا، ولكن لا تترتب عليه آثاره إلا بالقبض.

فلا يزول الموقوف عن ملكية الواقف، ولا يثبت للموقوف عليهم حق فى الموقوف، كما يظل الوقف جائزا غير لازم حتى يجوز للواقف فسخه، وإذا مات

---

(١) السابق.

(٢) جاء فى قانون الوقف سنة ١٩٤٧ (مادة ١١) ان للواقف ان يرجع فى وقفة كله أو بعضه، كما يجوز له ان يغير فى مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك.. ولا يجوز الرجوع ولا التغيير فى وقف المسجد ابتداء.. ولا يصح الرجوع أو التغيير إلا إذا كان صريحا.

الواقف – قبل القبض – بطل الوقف، وآلت العين الموقوفة للورثة بالميراث.. ومن هنا رأى أصحاب هذا الاتجاه أن القبض شرط من شروط اللزوم.

... ولكن المغنى (فى مذهب الحنابلة) يورد رأيا آخر مضمونه أن الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه، مثل ان يبنى مسجدا ويأذن للناس فى الصلاة فيه، أو مقبرة ويأذن فى الدفن فيها، أو سقاية ويأذن فى دخولها[1].

كما أن الإمام مالكا يذهب فى اشتراط القبض إلى اتجاه بعيد.

فإنه لا يكتفى بمطلق القبض من طرف المتولىّ على الوقف، بل لابد مع هذا القبض من مرور سنة على حيازة العين الموقوفة حتى يمكن التصرف فيها.

فإذا لم تتم هذه الحيازة بحدوث مانع كاستغراق الدين للعين الموقوفة، أو مرض الواقف مرض الموت بطل الوقف إذا لم يجزه الغرماء فى حال استغراق التركة بالدين أو الورثة فى حال الموت.

والحيازة المطلوبة عند المالكية قد تكون حسية، وقد تكون حكمية: فالحيازة الحسية ما كان التسليم فيها فعليا، بأن يمكن الواقف المتولى من العين الموقوفة بكل وسائل التمكين، ويستولى عليها بحيث تكون سلطاته بحكم الوقف.

والحيازة الحكمية تكون إذا كان الموقوف عليه محجوزا تحت ولاية الواقف فإن الحيازة فى هذا الحال تتحقق..[2].

... وعند ابى يوسف ان الوقف إسقاط لملك الواقف عن العين، ويخرج هذا الملك بنفس القول.

ويجوز الشيوع فى الموقوف لأن القسمة من تتمة القبض، والقبض ليس شرطا عنده، فكذلك التتمة.

غير أن محمدا يشترط القبض أى قبض المتولى الوقف، ويمنع الشيوع فيما

---

(١) المغنى لابن قدامة ج٥/٦٠٣.
(٢) محاضرات فى الوقف: الامام محمد ابو زهرة/ ٦٢.

قبل القسمة، لأن أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به القبض، وتمامه فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها والوقف فى ذلك كالصدقة المنفذة.

فإذا قال رجل: تصدقت بنصف هذه الجنيهات العشرة على هذا الفقير، فإن الصدقة لا تتم ما لم يقبض ذلك الفقير[1].

ومما يستدل به القائلون باشتراط القبض ما يأتى:

١- لأن فى الوقف إزالة الموقوف عن ملك الواقف على وجه التبرع، فإنه لا يتم إلا بالقبض، لأن مشروعية الوقف موضع نزاع وخلاف.

والسبب فى كون التبرعات لا تتم إلا بالقبض أنه لو لزم التبرع فيما تبرع به، فينبغى أن يكون متبرعا فى إزالة يده كما أزال ملكه، وذلك بالا تتم الصدقة بالتسليم.

٢- حين أراد عمر رضى الله عنه وقف أرضه جعلها فى يد ابنته حفصة، وإنما فعل ذلك ليتم الوقف[2].

أما الذين لا يشترطون القبض لتمام الوقف فإن منهم أبو يوسف والشافعى وأحمد بن حنبل فى بعض أقواله.

وهم يرون أن القبض لا يلزم إذا كان الموقوف عليهم المعينون أولاد الواقف صغاراً فى ولايته؛ لأن الواقف هو الذى يتولى أمورهم ماداموا فى ولايته، فيده يدهم، وهو نائب عنهم.

وقد استدل هؤلاء على عدم اشتراط القبض بأن الوقف فيه إزالة ملك الواقف إلى غير مالك معين، كما أن فيه منع التصرف فى الوقف بالبيع والهبة وغير ذلك.

كما أن الوقف يكون ثابتا لازما بصدور العبارات الدالة عليه.

---

(١) الدرر الحكام شرح غرر الأحكام ج٢/ ١٣٤.
(٢) السابق - مع التصرف.

وبالاضافة إلى ذلك فإن القبض الذى يشترطه المشترطون يكون من جانب المتولى على الوقف سواء أكان مختارا أم كان هو الواقف نفسه.

ويده حينئذ تكون يد الواقف لا يد الموقوف عليه.

ومعنى ذلك ان القبض يكون صوريا لا معنى له.

وأما ما يقال من أن عمر سلم وقفه لابنته حفصة فكان ذلك بمثابة القبض، فلعله فعل ذلك لكثرة أعماله، فتتولى هى إدارة الوقف، ويتولى هو إدارة هذه الأعمال.

وليس فى هذا الخبر ما يدل على أنه فعل ذلك لتمام الوقف.

* * *

المبحث الثانى

تاريخ الوقف.. تأبيد الوقف

● **تاريخ الوقف:**

يعتمد الباحثون فى تاريخ الوقف فى الإسلام على الحديث المرويّ عن ابن عمر:

«أن عمر أصاب أرضا من أرض خيبر، فقال يا رسول الله أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندى منه، فما تأمرنى؟

فقال ﷺ: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها.

فتصدق بها عمر على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث فى الفقراء وذوى القربى والرقاب والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول»[1].

كما يروون عن عثمان بن عفان إن النبى ﷺ قدم المدينة، وليس بها ماء يُستعذب غير بئر رومة، فقال:

«من يشترى بئر رومة، فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها فى الجنة؟ فاشتريتها من صلب مالى»[2].

وهذان أثران يشيران إلى بدء تاريخ الوقف فى الإسلام، حيث إن الصحابيين الجليلين (عمر وعثمان) كانا أول من وقف وقفا فى الإسلام على المنفعة العامة للمسلمين.

وقد حُكى عن ابن عمر قوله: أول صدقة (أى موقوفة) كانت فى الإسلام صدقة عمر.

(١) رواه الجماعة. نيل الأوطار ج٧/ ١٤٦.

(٢) رواه النسائى والترمذى. نيل الأوطار (السابق)، وأخرجه البخارى.

ولعله ينقل هذه (الأولية) لمعرفته بقصة الوقف، ولقربه من والده الذى استشار رسول الله ﷺ فيما يصنع فى أرض خيبر التى أصابها.

كما روى عن سعد بن معاذ قوله: «سألنا عن أول حبس فى الإسلام، فقال المهاجرون: صدقة عمر.

وقال الأنصار: صدقَة رسول الله ﷺ، ولعلهم يعنون بهذه الصدقة تلك الأرض التى تسمى (أراضى مخيريق) التى أوصى بها إلى النبى ﷺ فوقفها النبى ﷺ لمصلحة المسلمين.

ولم يرد فى هذه الرواية ذكر لبئر رومة التى اشتراها عثمان، فوقفها ليشرب منها المسلمون.

وإذا كانت الروايتان توردان ذكرا للوقائع الأولى للوقف فى الإسلام، فإن هذا الوقف بمعناه كان واقعا عند الأقدمين قبل الإسلام، وإن لم يسمّ باسم الوقف لان المعابد والكنائس وبيوت العبادة بوجه عام كانت موجودة قبل الإسلام، ولابد أن الإنفاق عليها وعلى صيانتها وخدمتها لم يكن يقوم بها أحد من ملكيته الخاصة، وإنما كانت منفعتها لجميع الذين يتعبدون فيها، ونفقتها من (مال عام) موقوف عليها وهذا هو معنى الوقف على وجه الإجمال.

ولكن الوقف فى الإسلام لم يكن مقصورا على المساجد ودور العبادة، إنما تجاوز ذلك إلى جميع أنواع الصدقات على الفقراء والمحتاجين.

كما جعل من ريع الوقف جزء لإعتاق الرقاب، وجزء لإقراض المحتاجين، بل جعل جزء منها للوقف على الأهل والأقارب والذرية.

ولأجل اتساع هدف الوقف فى الإسلام فإنه يروى أن عمر لما وقف أرض خيبر بمشورة النبى ﷺ قال له أحد الصحابة: (إنك تحتسب الخير وتنويه،وإنى أخشى أن يأتى رجال لا يحتسبون مثل حسبتك، ولا ينوون مثل نيتك، ويحتجون بك فتنقطع المواريث)..

ومعنى اعتراض الصحابى على وقف عمر أنه كان يخشى أن يكون هذا الوقف وسيلة إلى حرمان بعض المستحقين فى التركة فى الميراث.

وأن يأخذه البعض غرضا لتحقيق أهداف خاصة تخدم مصالحهم وتعطل الغاية الخيرية من الوقف..

ولقد تحقق هذا التوقع بعد عصر الصحابة، إذ بدأ بعض الواقفين ينحرفون عن مقصد القربى فيه إلى استخدامه للتحكم فى بعض التركة أو فيها كلها بعد موتهم.

وهذه الرغبة فى الإعطاء للبعض وحرمان البعض الآخر قد حدثت فى عصر الرسول ﷺ.

فقد روى عن النعمان بن بشير أن أباه أتى به رسول الله ﷺ فقال:

إنى نحلت (أى وهبت) ابنى هذا غلاما كان لى.

فقال له الرسول ﷺ: «أفعلت هذا بولدك كلهم»؟ قال: لا.

قال: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم».

فرجع أبى فردّ تلك الصدقة.

والحديث دليل على وجوب المساواة فى الهبة، وهذا مفهوم من قوله ﷺ: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» وقوله: «أشهدْ على هذا غيرى فإنى لا أشهد على جور» كما انتشر بين الكثيرين – بعد عصر الصحابة – اتخاذ الوقف وسيلة لحرمان بعض البنات من أنصبتهن فى الميراث.

ولقد استنكرت عائشة رضى الله عنها هذا الاستغلال السيىء للوقف فقالت:

«ما وجدت للناس مثلا اليوم فى صدقاتهم إلا كما قال الله عز وجل ﴿**وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰ أَزْوَاجِنَا وَإِن يَكُن مَّيْتَةً فَهُمْ فِيهِ شُرَكَاءُ**﴾ [الأنعام: ١٣٩] والله إنه ليتصدق الرجل بالصدقة العظيمة

على ابنته، فترى غضارة صدقته عليها (أى جمال هذه الصدقة)، وترى ابنته الأخرى وإنه لتُعرف عليها الخصاصة (أى الفقر) لما أبوها أخرجها من صدقته[1] » .

وواضح من استنكار السيدة عائشة أنه موجه إلى استخدام الصدقات والأوقاف فى إعطاء البعض وحرمان البعض الآخر، مع أنهم جميعا متساوون فى الاستحقاق .

● الأوقاف فى العصور المتأخرة :

١- تطورت الأوقاف بعد عصر الصحابة والتابعين تطورا بتنظيم الشكل والمضمون، وكثرت الأحباس كثرة واضحة وقد صارت لهذه الأحباس إدارة خاصة ترعاها وتشرف عليها بعد أن كانت فى أيدى أهلها أو فى أيدى الأوصياء .

٢- انتشرت الأوقاف فى مصر والشام، وكان معظمها على الذرية من الأولاد والأحفاد، وكان الغرض من بعضها حرمان أولاد البنات، وقصر الانتفاع على أولاد الذكور .

٣- ظهر فى مصر نوعان من الأوقاف : نوع يستهدف التقرب إلى الله ابتداء، ونوع يقصد فيه القربة انتهاء . .

ويقصد بالنوع الأول ما كان منه مقصورا على الأهل والذرية فقط، كما يقصد بالنوع الثانى ما كان موقوفا على الأهل ثم من بعدهم على الجهات الخيرية .

وقد أشرفت الدولة على النوعين معا لما يئول أمرهما معا إلى البر والخير .

٤- حاول بعض الولاة والحكام فى مصر فى عهد المماليك وغيره من العهود أن يستغلوا الأوقاف لأطماعهم ومصالحهم ويستولوا عليها استيلاء امتلاك .

ولذلك فقد تحولت الأوقاف . على أيدى هؤلاء من مشروعات إلى أعمال للنهب والاغتصاب .

---

(١) المدونة الكبرى ج٤ / ٢٤٥ .

٥- فكر بعض هؤلاء الولاة فى إنهاء الأوقاف لما رأوه من صور النهب والاستغلال.

فقد فكر الظاهر بيبرس فى امتلاك الدولة للأراضى، وفرض ضرائب كثيرة فى مصر والشام بسبب الحروب مع التتار، وإن خالفة كثير من العلماء.

ولئن كان اتجاه الظاهر بيبرس فى إنهاء الأوقاف مستندا إلى نية صالحة فى توجيه عائد هذه الأوقاف إلى حرب التتار والمستعمرين، فلقد كان وسيلة - بعد ذلك - إلى تحقيق مآرب الملوك والسلاطين كلما اضطروا إلى جباية المال. كما كان الباعث - أحيانا - على إنهاء الوقف محاولة منع استغلال الأمراء والسلاطين لأحكام الوقف وتسخيرها لمصالحهم الخاصة.

٦- تضخمت سلطة الأمراء المماليك فى مصر، فاستولوا على الأراضى الشاسعة، وحرموا منها أفراد الشعب، وطغى بعضهم على بعض، وصار الغالب منهم يستولى على أموال المغلوب ويصادرها بحجة حبسها على المساجد وجهات البر، فكانوا يخصصون القليل من هذه الأموال المصادرة على هذه الجهات، ثم يستولون منها لأنفسهم على الكثير.

كما كان بعضهم يلجأ إلى الوقف على المساجد لتحصين أمواله من المصادرة التى كانت تتم من الأمراء الغالبين على الأمراء المغلوبين.

حيث كان الوقف على المساجد من الأوقاف المصونة التى لا تمتد إليها الأيدى بسوء لوجود بقية من النزعة الدينية لدى هؤلاء المماليك الذين مازالوا يعرفون للمساجد حقها وهيبتها.

٧- فى عصر محمد على ظهر اتجاه قوى إلى الاستيلاء على الأراضى المصرية، ومن هنا ألغى محمد على الأوقاف بجميع أشكالها، وأراد أن يجعل لعمله هذا سندا من الشريعة الإسلامية، فادعى أن الأوقاف بشكلها الحالى تكون وسيلة إلى التلاعب بالمبادىء الدينية فى قواعد التوريث الشرعى.

كما تذرع بحجة أن الوقف الأهلى يؤدى إلى تخريب العقارات، ويسّهل للواقف الفرار من الديون.

وقد رأى من بعض رجال الدين من يوافقه على هذا الاتجاه، حيث كتب إليه المفتى - حينذاك - قائلا:

(الوقف من الأمور التى وقع فيها اختلاف أئمة الاجتهاد، فإن منهم من وسع فيه كأبى يوسف، فإنه قال بصحته ولزومه بمجرد القول، ومنهم من توسط فيه كمحمد بن الحسن، فإنه شرط لبقائه ولزومه تسليمه إلى متولّ... وذكر شمس الأئمة السرخسى أن ظاهر الرواية عن أبى حنيفة أن الوقف باطل، لأنه كان مشروعا فى أول الأمر ثم نسخ بآية المواريث.... فإذا ورد أمر من ولى الأمر يمنع العامة من إيقاف أملاكهم وتحبيسها فيما يستقبل من الزمان سدّا لذريعة أغراضهم الفاسدة جاز ذلك، لأنه مما تقتضيه السياسة المرعية)[1].

● القانون المصرى لتنظيم الأوقاف:

استحدث هذا القانون بعض المواد لضبط الأوقاف وتقييدها وصدر مرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات..

وجاء فى المادتين (١، ٢) من هذا القانون: (لا يجوز الوقف على غير الخيرات) (ويعتبر منتهيا كل وقف لا يكون مصرفه فى الحال خالصا لجهة من جهات البر).

فإذا كان الواقف قد شرط فى وقفه لجهة بر خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو قابلة لتعيين مع صرف باقى الريع إلى غير جهات البر، اعتبر الوقف منتهيا فيما عدا حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبات.

ثم تقدم هذا القانون خطوة أخرى نحو تقييد الأوقاف وتعديل مصارفها على جهات البر.

فصدر القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ وجاء فى المادة الأولى منه أنه (إذا لم يعين الواقف جهة البر الموقوف عليها، أو عيّنها ولم تكن موجودة، أو وجدت

(١) محاضرات فى الوقف للشيخ أبى زهرة / ٢٨.

جهة بر أولى . . . جاز لوزير الأوقاف بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى أن يصرف الريع كله أو بعضه على الجهة التى يعينها دون تقيد بشروط الواقف.

ويجوز لوزير الأوقاف أن يغير فى شروط إدارة الوقف الخيرى) وواضح من نص المادة أن القانون قد بدأ يعطى وزير الأوقاف سلطة ما فى إدارة الوقف والتصرف فى شروط الواقف وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن الوقف الذى أنشىء خيريا أو لم تعرف جهة الصرف الموقوف عليها بأن كان (وقفا مندثرا) تتعدد مصارفه اليوم حسب ظروف كل وقف وشروطه بصورة تجعل الصرف أحيانا على بعض الجهات ضربا من السخف أو سبيلا لمخالفة الشرع . . .

وهذا يجعل من الضرورى اليوم أن تشرف جهة عامة على توجيه ريع الأوقاف الخيرية ذات النفع العام . .

وإن اختلف الفقهاء فى جواز مخالفة شرط الواقف فلا خلاف فى أن البر هو غاية الواقفين يكون أقرب مثالا كلما بدأ وجه النفع فى مصرفه.

وقد استند هذا التفسير إلى ما جاء فى كتاب المغنى (جـ٦ / ٢٠٠).

من قول ابن تيمية : (إن المصرف الذى سماه الواقف لا يلزم ولا يتعين الصرف إليه إذا كان غيره أصلح منه حتى لو وقف على الفقهاء والصوفية واحتاج الناس إلى الجهاد صرف إلى الجند نظرا إلى أن المقصد الأصلى هو القربة، وهى تكون أتم فيما هو أصلح) ويبدو أن المذكرة الإيضاحية للمادة القانونية السابقة قد استفادت من هذا النص الفقهى، فجاء فيها :

(. . يرتبط تحديد الأولوية بتحقيق غاية أسمى أو منفعة أعم أو مصلحة أكبر بإطعام الفقراء مثلا خير من إلقاء الورود وسعف النخيل على المقابر، والصرف على جيش مصر أولى من الصرف على جيش الدولة العليّة التى زالت علة الوقف عليه)[1].

---

(١) قوانين الوقف والحكر والقرارات التنفيذية / ٣٨.

كما ذهب فقهاء المالكية إلى أنه إذا كان الحبس فى شأن منفعة عامة فخربت ولم يُرج عودها، فإنه يصرف لمثلها إن أمكن فيعطى ما للمسجد لمسجد آخر، وما للمدرسة لمدرسة أخرى، وإن لم يكن يصرف فى قرية أخرى..

ونستطيع أن نستنتج من هذا أن القانون إذا كان قد ألغى الوقف على غير جهات البر أولا، فقد أعطى وزير الأوقاف سلطة التصرف فى تغيير هذه الجهات ثانيا، وتعد هذه خطوة أخرى نحو تضييق مساحة الوقف وضبط التصرفات فيه.

ثم خطا القانون خطوة ثالثة نحو سيطرة الدولة على الأوقاف وحريتها فى استبدال الأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر..

فجاء القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ ليعطى الدولة الحق فى استبدال الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر العامة.

وفى تسليم اللجنة العليا للإصلاح الزراعى سنويا الأراضى الزراعية التى يتقرر استبدالها وتؤدى هذه الهيئة لمن له حق النظر على الأوقاف سندات تساوى قيمة الأراضى الزراعية والمنشآت الثابتة وغير الثابتة والأشجار المستبدلة مقدرة وفقا لقانون الإصلاح الزراعى..

وهكذا رأينا من هذه الخطوات أن أمر الأوقاف قد بدأ يئول إلى جهات حكومية تشرف عليه، وتتصرف فيه، وتستبدل الجهة الموقوف عليها بجهة أخرى وهكذا..

ثم صدر القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٥٨ بتخويل وزارة الأوقاف إدارة الأعيان التى انتهى الوقف فيها متى كان الاستحقاق فيها لأشخاص يقيمون خارج الجمهورية.

وبمقتضى هذا التعديل فإن وزارة الأوقاف هى التى تنظر فى أمر المستحقين الذين يلتزمون أن يقدموا بأنفسهم أو ورثتهم إلى وزارة الأوقاف ما يثبت صفاتهم وحقوقهم وبيان محل إقامتهم.

وإذا تعذر على بعض المستحقين الحضور بأنفسهم إلى وزارة الأوقاف لعجز أو مرض، فعليهم أن يثبتوا عذرهم وشخصياتهم فى مقر سفارة الجمهورية المختصة أمام من يندبه وزير الأوقاف لهذا الغرض[1].

وقد كانت حجة وزارة الأوقاف فى هذا التعديل أنها لاحظت أن فريقا من الناس يدّعون الوكالة أو النيابة من مستحقين يقيمون إقامة عادية خارج الجمهورية، وقد تحققت الوزارة فى بعض الحالات من أن تلك الصفات منتحلة.

ولقد علق فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة على خطوات تضييق الوقف حتى تم إلغاء الوقف الأهلى فى مصر وسوريا بقوله:

(انقطع الوقف بشرطيه الأهلى والخيرى: فالأهلى مقطوع بحكم القانون، والخيرى قطع لما لوحظ من الانقطاع من ذرية الواقف والوقف، والتصرف المطلق لوزارة الأوقاف فى إدارته.

بل إنه لوحظ أن الذين وقفوا وكان لهم حق الرجوع رجع كثير منهم عن أوقافهم.

ولم يبق من الأوقاف الخيرية إلا وقف المساجد وما يوقف عليها..

ولاشك أن إحجام الناس عن الوقف الخيرى قد يكون سببا فى تجنب عيوب الوقف بشكل عام، ولكنه من الناحية الاجتماعية لا يخلو من ضرر...)[2].

● **تأبيد الوقف:**

يقصد بتأبيد الوقف امتداده وتحريره من الارتباط بزمن محدد.

فمن وقف عينا عقارا كانت أو منقولا على جهة معينة فإن هذا الوقف يظل ساريا ولا يجوز تحديده بزمن معين أو مدة معينة.

وتتفق كثرة الفقهاء على أن التأبيد شرط من شروط صحة الوقف.

---

(١) مادة (١، ٢) من القانون ١٢٢ لسنة ١٩٥٨.

(٢) محاضرات فى الوقف/ ٤٢.

وبناء على ذلك فإنه لا يجوز وقف المنقول (عند الحنفية) لأن التأبيد إذا كان شرطا لجواز الوقف.

فإن المنقول لا يتأبد لأنه عرضة للهلاك، ومن ثم فلا يجوز وقفه إلا إذا كان تابعا للعقار.

فإذا وقف إنسان أرضا زراعية بماشيتها وآلاتها وعمالها فإن الوقف حينئذ جائز، ويسرى هذا الجواز على المنقول لتبعيته للعقار الثابت غير المنقول.

يقول أبو يوسف (الفقية الحنفى) : (وجوازه تبعا لغيره لا يدل على جوازه مقصودا كبيع الشرب ومسيل الماء والطريق فإنه لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا للأرض والدار. وإن كان شيئا جرت العادة بوقفه كوقف المرجل لتسخين الماء.

ولو وقف أشجارا قائمة فالقياس أنه لايجوز؛ لأنه من باب وقف المنقول، ولكنه يجوز استحسانا لتعوّد الناس على ذلك، وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن)[1].

وعلى هذا الرأى فإن المنقول الملحق بالعقار جائز لتبعية الفرع للأصل، ويسرى عليه ما يسرى على العقار من شرط التأبيد.

وجاء فى فقه المالكية ([2] أن صيغة الوقف قد تكون مطلقة أو مقيدة بقيد، وقدتكون صريحة فى الوقف كقوله (وقفت أو حبست) أو غير صريحة كقوله: (تصدقت) على بنى فلان طائفة بعد طائفة أو عقبهم أو نسلهم . .).

فإن هذه الصيغة تكون مقيدة، وهذا القيد يدل على أن المراد من الوقف امتناع بيعه أو هبته.

والحاصل أن التحقيق أن قول الواقف (وقفت أو حبست) يدل على حقيقة الوقف، وأن هذا يفيد التأبيد مطلقا سواء أكانت الصيغة مطلقة أم مقيدة.

---

(١) بدائع الصنائع ج٦/ ٢٢٠، الدرر الحكام شرح غرر الأحكام ج٢/ ١٣٦.
(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ج٣/ ١٩٢.

وأما قوله (تصدقت) أو ما يفيد ذلك من الصيغ غير الصريحة فإنها لا تفيد الوقف إلا بقيد يدل عليه كما يدل على التأبيد وإلا كان الوقف ملكا للواقف.

والقيد المقصود هنا أن يقول الواقف مثلا: « تصدقت على الفقراء أو المساجد أو على فلان ونسله » وما يفيد ذلك مما يدل على التأبيد كما يدل على حصر الجهة الموقوف عليها. أما الشافعية فقد اشترطوا التأبيد المطلق من غير تقيد بزمن محدد.

.. وقد فرق القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فى مادته الخامسة بين الوقف على المساجد وغيرها فى حكم التأبيد..

ففى المادة المذكورة (وقف المسجد لا يكون إلا مؤبدا، ويجوز أن يكون الوقف على ما عداه من الخيرات مؤقتا أو مؤبدا.. وإذا أطلق كان مؤبدا.

أما الوقف على غير الخيرات فلا يكون إلا مؤقتا، ولا يجوز على أكثر من طبقتين.

وإذا أقّت الوقف على غير الخيرات بمدة معينة وجب ألا تتجاوز ستين عاما منو قت وفاة الواقف).

وقد جاء فى « المهذب » – فى فقه الشافعية – أن الوقف الصريح لا يجوز إلى مدة محددة، لأنه إخراج مال على وجه التقرب إلى الله، ولا يصح أن يذكر الواقف جهة تنقطع، وإذا ذكر ذلك فقد يصير الوقف باطلا لأن ثواب العمل قد انقطع، ومن شأن الوقف دوام الثواب.

وقد يفهم دوام الثواب أيضا فيما إذا وقف الواقف على جهة منقطعة، فتحول الوقف بعد ذلك إلى أقرب الناس إلى الواقف واستمر الثواب بناء على ذلك وإن تغيرت الجهة الموقوف عليها وكان الوقف حين ذلك قد نشأ على التأبيد..

ومعنى ذلك أن الموقوف عليه المسمى إذا انقرض، صرف ريع الوقف إلى أقرب الناس إلى الواقف، والأقربون أولى بالمعروف، حيث قال رسول الله ﷺ: «لا صدقة وذو رحم محتاج»[١]..

أى أن ذا الرحم وهو القريب إلى الواقف أولى من غيره فى الصدقة والقربى، وأن الجهة الموقوف عليها إذا كانت محددة فانقطعت، فإن الوقف يأخذ صفة التأبيد بانتقاله إلى القريب المحتاج.

ولقد كان الحنابلة أصرح فى اشتراط التأبيد فى الوقف، حيث جعلوا اشتراط الواقف بيع الوقف أو هبته متى شاء مفسدا للوقف، لأن ذلك الشرط ينافى مقتضى الوقف، ويحتمل أن يفسد الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة فى البيع.

وحجتهم فى منافاة الشرط للوقف أن الوقف قد صار ملكا لله فخرج عن ملكية الواقف.

فلا يجوز فيه ما يجوز فى عقود المعاوضات من اشتراط الخيار، وذلك لأن الخيار إذا دخل فى العقد منع ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار أو التصرف.

وهنا لو ثبت الخيار لثبت مع ثبوت حكم الوقف، ولم يمنع التصرف فافترقا[٢].

وجاء فى «الكافى فى الفقه»[٣].

(لا يكون الوقف إلا على سبيل غير منقطع كالفقراء والمساكين، وطلبة العلم والمساجد أو على رجل بعينه.. ثم على مالا ينقطع، فإن وقفه على رجل بعينه وسكت صح وكان مؤبدا، لأن مقتضاه التأبيد، فحمل فيما سماه على ما شرطه، وفيما سكت عنه على مقتضاه، ويصير كأنه وقف مؤبد، أو قدم

---

(١) المهذب ج١ / ٤١٧.

(٢) انظر: المغنى لابن قدامة ج٥ / ٦٠٦ (الناشر: مكتبة الجمهورية العربية).

(٣) الكافى فى الفقة لموفق الدين بن قدامة المقدسى ج٢ / ٢٩٨.

المسمى على غيره، فإذا انقرض المسمى صرف إلى أقارب الواقف؛ لأنهم أحق الناس بصدقته، بدليل قول النبى ﷺ: «صدقتك على غير رحمك صدقة، وصدقتك على رحمك صدقة وصلة»[1]..

ويتجه الظاهرية إلى اشتراط لزوم التأبيد فى الوقف، ولكنهم رأوا أن اشتراط منع الواقف من بيع الموقوف أو وراثته أو هبته يعد اشتراطا ليس فى كتاب الله، حيث قال رسول الله ﷺ: «من اشترط شرطا ليس فى كتاب الله فليس له وإن شرط مائة مرة».

ولكنهم حاولوا التنسيق بين اشتراط الواقف وصحة العقد فجاء فى «المحلى» لابن حزم قوله:

(ومن حبس وشرط أن يباع إن احتج صح الحبس وبطل الشرط، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى، وهما فعلان متغايران إلا أن يقول: لا أحبس هذا الحبس إلا بشرط ان يباع، فهذا لم يحبس شيئا؛ لأن كل حبس لم ينعقد إلا على باطل فإنه لم ينعقد أصلا»[2]..

وهكذا نرى أن الكثرة من الفقهاء يتجهون إلى تأبيد الوقف ويعدونه داخلا فى مقتضاه وجزءا من معناه[3]..

ولكن الشيعة الإمامية يتجهون إلى ربط الوقف بمدة محدودة فى مثل الصور الآتية:

١- إذا قرن الواقف وقفه - من أول الأمر - بمدة معينة كسنة أو سنتين.

٢- إذا وقف على جهة من شأنها أن تنقطع غالبا.

ولكنهم أضافوا إلى هذه الصورة أن الوقف يعود إلى ورثة الموقوف عليه، أو ورثة الواقف.

(١) أخرجه النسائى. كتاب الزكاة باب الصدقة على الأقارب.

(٢) المحلى لابن حزم ج٩/ ١٧٦، ١٨٣ (مسألة ١٦٥٧).

(٣) انظر محاضرات فى الوقف.. فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة/ ٦٨.

٣- إذا اشتد النزاع بين الموقوف عليهم، ولم يمكن حسمه جاز للحاكم أن يأمر ببيع الوقف وتوزيع ثمنه عليهم.

٤- إذا تناقضت غلة الوقف وكثر المستحقون جاز بيعه وتوزيع ثمنه عليهم إذا تراضوا على ذلك(١).

● **انتهاء الوقف المؤقت:**

حددت المادتان ١٦، ١٧ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ أمدا لانتهاء الوقف المؤقت فيما يلى:

١- إذا انتهت المدة المعينة، أو إذا انقرض الموقوف عليهم.

٢- ينتهى الوقف فى كل حصة منه بانقراض أهلها قبل انتهاء المدة المعينة، أو قبل انقراض الطبقة التى ينتهى الوقف بانقراضها.

٣- إذا دل كتاب الوقف على عوْد هذه الحصة إلى باقى الموقوف عليهم أو بعضهم، فإن الوقف فى هذه الحالة لا ينتهى إلا بانقراض هذا الباقى أو بانتهاء المدة.

كما أنه إذا انتهى الوقف فى جميع ما هو موقوف على ذوى الحصص الواجبة أو فى بعضه، أصبح ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف إن كان حيا، فإن كان قد توفى صار ملكا للمستحقين أو لذرية الطبقة الأولى أو الثانية حسب الأحوال.

فإذا لم يكن منهم أحد صار ملكا لورثة الواقف يوم وفاته، وإلا كان للخزانة العامة.

وإذا انتهى الوقف فى جميع ماهو موقوف على غيرهم أو فى بعضة أصبح ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف إن كان حيا أو لورثته يوم وفاته.

فإن لم يكن له ورثة أو كانوا وانقرضوا ولم يكن لهم ورثة كان للخزانة العامة أيضا.

---

(١) المرجع السابق.

وفى المادة (١٨) من هذا القانون إضافة أخرى لحكم انتهاء الوقف تتمثل فيما إذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضها، ولم تمكن عمارة المتخرب أو الاستبدال به على وجه يكفل للمستحقين نصيبا فى الغلة غير ضئيل ولا يضرهم بسبب حرمانهم من الغلة وقتا طويلا انتهى الوقف فيه، كما ينتهى الوقف فى نصيب أى مستحق يصبح ما يأخذه من الغلة ضئيلا .

ويصير ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف إن كان حيا، وإلا فلمستحقه وقت الحكم بانتهائه .

● **أدلة التأبيد والتأقيت عند الفقهاء[1]:**

أولا : أدلة القائلين بوجوب التأبيد

يستدل هؤلاء بالأدلة الآتية على وجه الإجمال :

١- استشار عمر رضى الله عنه رسول الله ﷺ فى أرض بخيبر كان قد حازها، فقال له ﷺ : « إن شئت حبست أصلها » وقد تصدق بها عمر على « أن لا تباع ولا توهب » ولا يفهم من الوقف والتحبيس إلا التأبيد . .

فإن حبس الأصل تدل عرفا على تأبيده، لأن حبس الأصل ينافى التأقيت، ولو جاز رجوع الأصل إلى واقفه لما كان هذا الأصل محبوسا .

وقد جاء فى بعض الروايات أن الحبس « حبس مادامت السموات والأرض »، وهذه العبارة تفيد تأبيد الوقف كما أن عبارة « لا تباع ولا توهب » توحى بتأبيد الوقف . . حتى قال القرطبى « ردّ الوقف مخالف للإجماع فلا يلتفت إليه » .

٢- وقف كثير من الصحابة بعض أملاكهم على جهات البر، وعباراتهم فى هذا الوقف كانت دالة على نية التأبيد فقد وقف علىّ وأبو بكر والزبير وعمرو بن العاص وزيد بن ثابت وكثير غيرهم .

---

(١) انظر فضيلة الشيخ أبو زهرة (مرجع سابق) ص٧٠ وما بعدها .

وكانوا جميعا يعلمون أن الوقف من القربات التى لا يجوز نقضها بعد فعلها لا للواقف ولا لغيره[1].

ولقد جاء فى رواية للبخارى قول الرسول ﷺ لعمر: « تصدق بأصلها لا يباع ولا يوهب ».

وقد أفادت هذه الرواية أن كون الوقف لا يباع ولا يوهب أن هذا المبدأ شأن أصيل من شئون الوقف، بحيث يكون الرجوع فيه عملا مستهجنا، فعن ابن عباس رضى الله عنهما قال: قال النبى ﷺ: « العائد فى هبته كالكلب يقيىء ثم يعود فى قيئه »[2].

وفى هذا دلالة على تحريم الرجوع فى الهبة لأن فى العبارة زجرا شديدا تكاد تصل إلى التحريم . . .

وربما يستثنى من ذلك رجوع الوالد فيما وهبه لابنه كبيراأو صغيرا، وذلك لما روى عن الرسول الله ﷺ: « لا يحل لرجل مسلم أن يعطى العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده »[3].

فإن قوله « لا يحل » الظاهر فيه التحريم، والقول بأنه مجاز عن الكراهة الشديدة صرف له عن ظاهره.

كما أن قوله « إلا الوالد » دليل على أنه يجوز للأب الرجوع فيما وهبه لابنه[4].

٣- من الأدلة العقلية على تأبيد الوقف أنه إسقاط للملك أى أن الواقف يتنازل عن الموقوف بالإسقاط، والإسقاط لا يكون إلا مؤبدا، ولا يصح مؤقتا . .

وإذا كان الوقف تمليكا للموقوف عليهم أو لله - كما رأى بعض الحنابلة - فإن هذا التمليك يقتضى التأبيد الذى هو جزء من معناه الشرعى، ولا يصح

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى ج٧/ ١٥٠.

(٢) رواه البخارى.

(٣) رواه أحمد وصححه الترمذى وابن حبان والحاكم.

(٤) سبل السلام للصنعانى ج٣/ ٩٤٠.

التمليك مؤقتا، لأن الواقف إذا جعل الموقوف لله فقد أبّده، فما يكون لله يصرف إلى المساكين.

ثانيا : أدلة القائلين بجواز الوقف مؤقتا.

١- من ألفاظ الوقف (وقفت - حبست - سبّلت - تصدقت - وأبّدت وحرمت..)

والألفاظ الثلاثة الأولى صريحة فى الوقف، أما الألفاظ الثلاثة الأخرى فإنها كناية لا تصح إلا بالنية[١]..

وما دامت النية معتبرة فى ذلك، كما هى معتبرة فى سائر العبادات، فإن المعوّل فى التأقيت أو التأبيد يكون على نية الواقف، فإذا أراد الوقف مؤقتا فهو مؤقت، وإذا أراده مؤبدا فهو مؤبد.

وإذا كان الوقف فى جملة معناه صدقة، فإن الصدقة كما تجوز مؤبدة تجوز مؤقتة.

والصدقة بغلة العين الموقوفة أو بمنفعتها قد تكون مؤبدة وقد تكون مؤقتة.

وإذا أطلقت الصدقة فإنها لا تنصرف إلى التأبيد إلا بالنص عليه كقول الواقف: (جعلت أرضى هذه صدقة لله تعالى أبدا على ولدى.. ثم على المساكين).

٢- الأصل فى حبس العين الموقوفة يكون مؤقتا، أما التأبيد لهذا الوقف فإنه استثناء من هذا الأصل.

فإن الوقف داخل فى عموم الصدقات، والصدقات جائزة بالتوقيت باتفاق الفقهاء، ولا دليل يبيح توقيت الصدقات ويمنع توقيت الأوقاف.

فبقيت الإباحة - على الأصل - جارية فى الصدقات والأوقاف.

٣- مما جاء فى الرواية عن عمر حين استشار رسول الله ﷺ فى أرضه بخيبر أنه قال له: «إن شئت حبست أصلها» والمفهوم من قوله «إن شئت» أنه يترك له

(١) الجوهرة النيرة على مختصر القدورى ج٢/ ٢٢.

حرية الاختيار فى مبدأ الوقف من أساسه، فهو إذا شاء وقف أرضه، وإذا لم يشأ فلا حرج عليه.

وإذا كان قد خيره فى مبدأ إنشاء الوقف، فإن تخييره فى النص على صورة الوقف وكيفيته مؤقتا أو مؤبدا أولى.

وقد فصل الإمام مالك فى صور الوقف فلم يحصرها فى التأبيد المطلق أو التوقيت المطلق.

وإنما رد ذلك إلى إرادة الواقف ونيته وصيغة الوقف.

– فإذا قال الواقف: هذه الأرض حبس، ولم يقل صدقة فهى حبس إذا كانت على غير قوم بأعيانهم.

– ولو أن رجلا حبس حبسا على أحد لم يقل لك ولعقبك من بعدك، فإنها ترجع إليه، فإن مات قبل الذين حبس عليهم الحبس، ثم ماتوا كلهم فإنها ترجع ميراثا بين ورثة الرجل الذى حبسها.

ومعنى ذلك أنها تكون مؤقتة، وأنها تعود إلى ورثة الواقف إذا انقرض الموقوف عليهم.

– وإذا حبس غلة دار له على المساكين فكانت فى يديه يخرج غلتها كل عام فيعطيها المساكين حتى مات وهى فى يديه فإنها تعود ملكا لورثته لا للمساكين[1].

وواضح من الاتجاه القائل بتوقيت الوقف وعدم تأبيده أن الأصل فى الوقف وفى غيره من التصرفات الطوعية تحرير إرادة الإنسان فى رد الأمر إليه واعتبار نيته فى تصرفاته وإذا كان الوقف نوعا من الصدقة، فإن الأصل فى الصدقة ارتباطها برغبة المتصدق وقدرته على الالتزام بالصدقة فى حال يسره، وتوقفه عنها فى حال عسره..

وهذا أقرب إلى المعقول، وأعدل فى تحرير الإنسان فى التصرف فيما يملكه.

(١) المدونة الكبرى. برواية سحنون ج٦/ ٩٨ وما بعدها.

الفصل الثانى

أركان الوقف :

● **أركان الوقف أربعة هى :**

الواقف : وهو الذى يملك عينا معينة كأرض أو أى عقار، ويبغى حبس عينها وتسبيل منفعتها على جهة من الجهات.

الموقوف عليه : وهو الجهة التى يبغى الواقف تسبيل المنفعة عليها . .

وقد تكون هذه الجهة إحدى جهات البر، أو فرعا من فروع الواقف وذريته كأولاده وأحفاده.

الموقوف : وهو العين المحبوسة عن ملك صاحبها، وقد تكون أرضا أو بيتا أو غير ذلك.

صيغة الوقف : وهى الألفاظ التى ينعقد بها الوقف، أو ما يقوم مقام الألفاظ من كتابة أو تصرف أو غير ذلك.

ولكن ركن من هذه الأركان شروط معينة نفصلها من خلال المباحث التالية :



المبحث الأول

أحكام الواقف[1]

يشترط فى الواقف شروط منها:

١- **العقل**: فلا يصح الوقف من المجنون؛ لأن العقل هو مناط التكليف، كما أنه مناط التصرفات المسئولة.

فمن فقد عقله فقد سقط التكليف عنه، ويقتضى سقوط التكليف عدم اعتبار تصرفاته.

وإذا كان الوقف من التصرفات الضارة لكونه إزالة الملك بغير عوض، فإن المجنون ليس أهلا للتصرفات الضارة كالهبة والصدقة وغيرها..

وقد سميت هذه التصرفات (تصرفات ضارة) لأنها فى الظاهر تضر بالمال، وتعود عليه بالنقصان بغض النظر عن منفعتها فى تخليد الذكر وحسن الثواب..

وقد نفى رسول الله ﷺ نقصان المال بالصدقة بقوله «ما نقص مال من صدقة».

بمعنى أن الصدقة وإن أنقصت أصل المال، فإن الفضل فى إخراجها قد جبر هذا النقصان.

ويلتحق باشتراط العقل اشتراط البلوغ، فإن أحدهما يكمل الآخر، وإن أحدهما عنوان على الآخر.

فإن بلوغ الإنسان يقتضى - أصلا - نضج عقله، وإن هذا العقل يتوقع غالبا بعد البلوغ.

(١) بدائع الصنائع ج٥/ ٢١٩، قليوبى وعميره ج٣/٩٧، بلغة السالك ج٣/٩٢ محاضرات فى الوقف. ابو زهرة/ ١١٨.

.. ويمكن توقع البلوغ للصبى عندما يصل خمسة عشر عاما، وإن كان القانون يجعل حد الرشد المالى بواحد وعشرين عاما.

ومن ثم فإن الصبى بين الخامسة عشرة والواحدة والعشرين لا يعد مكتمل الرشد، ولا تصح منه التصرفات المالية حتى تكتمل أهليته التى لم يحدد القرآن الكريم لها سنًا محددة، ولكنه جعلها إحساسا وإيناسا يبلوغ الرشد لا ببلوغ السن، حيث يقول الله سبحانه: ﴿ **فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾ [النساء: ٦] . وإذا كانت الآية الكريمة تتناول حكم السفهاء، فإن الصبيان قبل بلوغ الرشد يعاملون – من حيث التصرف المالى – معاملة السفهاء.

ومن هنا كان الصبى ناقص الأهلية، وبخاصة فيما يتصل بالتصرفات التى تضره ضررا محضا، ومنها التبرعات كالهبات والصدقات وإسقاط الديون ومثل المجنون والصبى السفيه فى عدم جواز الوقف منه ولو بمباشرة الولى عنه، فلما لم يجز الوقف منه مباشرة لم يجز من وليه لأن الوقف يضرّ به ضررا محضا.

وإذن فلا يجوز الوقف من المجنون لأنه زائل العقل، ولا من المعتوه لأنه ناقص العقل، ولا من السفيه لأنه سيىء التصرف فى المال وهؤلاء جميعا ليسوا من أهل التبرع لعدم اعتبار عباراتهم أو عدم اعتبار تصرفاتهم.

غير أن بعض الفقهاء يجوزون وقف الصبى المميز بإذن القاضى وإن كان سائرهم لا يجوزون ذلك ولو بإذن القاضى، لأن الصبى المميز مايزال ناقص الأهلية، وناقص الأهلية لا يملك التبرع، بل لا يجوز لوليه أن يتبرع من ماله وإن أذن له القاضى.

وخلاصة ما يراه الفقهاء فى تصرفات الصبى المميز مقسمة على النحو التالى:

١- التصرفات التى تنفعه نفعا محضًا، وهى التى يترتب عليها دخول شيء فى ملكه من غير مقابل، كقبول الهبة والصدقة والوصية والوقف، وهذا النوع تصح فيه تصرفات الصبى دون توقف على إجازة الولى أو الوصى.

٢- التصرفات التى تضر به ضررا محضا، وهى التى يترتب عليها خروج شىء من ملكه من غير مقابل، كالهبة والصدقة والوقف وسائر التبرعات...

وهذه لا تصح منه ولا تنعقد، حتى لو أجازها الولى أو الوصى لأنهما لا يملكان مباشرتها فى حق الصغير فلا يملكان إجازتها.

٣- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بحسب أصل وضعها كالبيع والاجارة وسائر المعاوضات المالية.

وهذه يختلف فيها الفقهاء بين من يمنعها منعا مطلقا، ومن يجيزها إجازة مطلقة، ومن يجيزها بشروط ليس هذا مجال تفصيلها[١].

---

(١) انظر فى ذلك: التلويح على التوضيح ٢/ ١٦٦، والفتاوى الهندية ١/ ٣٥٣، كشاف القناع ٥/ ٢٣٤).

كما ان الاصل فى وقف السفيه والمعتوه البطلان، غير ان الحنفية يجوزون وصية السفية فى حدود الثلث، وهو القدر الذى حده الشرع للوصايا النافذة، وقاسوا الوقف على الوصية إذا كان الوقف على النفس ثم على جهات البر بعد الواقف.

ومعروف ان السفيه عاقل وان جرت تصرفاته المالية على غير مقتضى العقل والرشد، وقد رأى محمد - أحد صاحبى أبى حنيفة - ان الحجر على السفيه لا يكون من وقت الحكم بالحجر عليه، بل من وقت قيام السفه، والحجر على المعتوة والمجنون يكون من وقت وجود العته والجنون، لا من وقت الحكم.

وكانت المحاكم المصرية تسير على أن اساس الحجر من وقت طلبه لا من وقت وقوع العلة فى الحجر.

ولم يفرق القانون المدنى الجديد بين الحجر للسفه أو الغفلة والحجر للجنون أو العتة إلا إذا كان الجنون شائعا بين الناس.

فجاء فى المادة (١١٤) ان تصرف المجنون والمعتوة يقع باطلا إذا صدر بعد تسجيل الحجر، أما إذا صدر قبل تسجيل الحجر فلا يقع باطلا إلا إذا كان الجنون او العتة شائعا وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منه.

كما جاء فى المادة (١١٥) انه اذا صدر تصرف من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرف الصبى المميز من احكام.

أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال، إلا إذا كان نتيجة استغلال.

٢- الحرية: وهذا شرط وضع فى عصر كان للرق فيه مجال، وكان للرقيق فيه وجود.

ويظل هذا الشرط ساريا على من يفقد إرادته كالمكره، أو يفقد عبارته كالسكران.

وقد كان اشتراط الحرية قديما قائما على أن العبد لا يملك حرية التصرف أو إمضاء الوقف، لأن الوقف إزالة للملك، والعبد ليس من أهل الملك سواء أكان مأذونا أو محجورا، لأن هذا ليس من باب التجارة ولا من ضرورات التجارة فلا يملكه المأذون كما لا يملك الصدقة والهبة والإعتاق.

لكن الفقهاء أجازوا الوقف من العبد إذا كان بإذن سيده، لأنه حينئذ يكون نائبا عنه، ولأن نيابة العبد تجوز فى التجارة فإنها تجوز أيضا فى الوقف، وإذا أُذن للعبد فى الوقف فمعنى ذلك أن مولاه قد أبطل حقه فى الموقوف.

وقد ذهب ابن حزم إلى أبعد من ذلك حيث أن قرر أن العبد يملك ما يئول إليه بميراث أو تبرع، ويقتضى ذلك أنه حر التصرفات فيما يملكه بالوقف أو البيع.

٣- براءة ذمة الواقف من الديون:

إذا كان الدين مستغرقا لكل مال المدين، فإن جمهور الفقهاء يرون جواز الحجر عليه أو بيع بعض ماله سدادا لدينه.

وقد خالف أبو حنيفة فى الحجر على المدين.

وبناء على ذلك فإن الذين يرون الحجر على المدين عند استغراق ماله لا يرون جواز صدور الوقف من هذا المدين إلا بإذن الدائنين الذين يعدّ إذنهم إسقاطا لحقهم فى حبس العين لاستيفاء الدين أما إذا كان المدين غير محجور عليه فإن وقفه يكون صحيحا عند الحنفية، لأن الدين يتعلق بالذمة ولا يتعلق بالعين، ومادام كذلك فإن أمواله حرة تجرى عليها التصرفات الشرعية ومنها الوقف.

وذلك إذا كان هذا الواقف المدين يقصد الحقيقة المشروعة للوقف، والغاية المشروعة منه.

أما إذا كان يقصد من الوقف التلاعب والإضرار بحق الدائنين، فإن وقفه يقع باطلا، ويجبر على بيع العين التى يريد وقفها وفاء لحق الدائنين.

وقف المدين فى القانون المصرى:

حين كان القانون المدنى المصرى القديم ينظم شئون الأوقاف كانت المادة (٥٣) منه تقول:

« لا يجوز لأحد أن يقف ماله إضرارا بدائنيه، وإن وقف كان الوقف باطلا ».

فلما جاء القانون الجديد، وضع قاعدة فى تصرفات المدين غير المعسر، ونظمت المادتان (٢٣٧، ٢٣٨) منه أمر وقف المدين المعسر على النحو التالى:

مادة (٢٣٧):

« لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه، إذا كان التصرف قد نقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته، وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره، وذلك متى توافرت فيه الشروط المنصوص عليها فى المادة (٢٣٨).

مادة (٢٣٨):

إذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش.

ويكفى لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو يعلم أنه معسر.

كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر.

أما إذا كان التصرف تبرعا فإنه لا ينفذ فى حق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا[1].

ومعنى ذلك أن للدائن أن يبطل تصرف المدين بالوقف أو بالتبرع فى حالتين:

أولاهما: أن يكون الدين مستحق الوفاء، أما إذا كان مؤجلا لم يحن وقت الوفاء به، فليس له الاعتراض.

ثانيتهما: أن يترتب على التصرف إعسار المدين بحيث يكون عاجزا عن سداد ديونه.

ولقد سوّغت المادتان السابقتان للدائن إبطال انصراف المدين فى الحالتين السابقتين.

وحددتا له أجلا لإجراء هذا الإبطال، فإذا مضى هذا الأجل ولم يعترض على تصرف المدين، فقد سقط حقه فى الاعتراض وهذا نص المادة (٣٤٣) فى هذا الشأن.

« تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه ».

٤- يشترط أبو حنيفة وصاحبه محمد على الواقف أن يخرج الوقف من يده ويجعل له قيّما يسلمه إليه.

وحجتهما فى ذلك أن الوقف إخراج المال عن الملك على وجه الصدقة فلا يصح بدون التسليم كسائر التصرفات، وذلك يشبه الصدقة أو الهبة، فمن وهب شيئا أو تصدق به سلمه، والتسليم فى الوقف بأن يجعل له قيّما ويسلمه إليه، وتسليم المسجد - مثلا - أن يُصلّى فيه جماعة بأذان وإقامة بإذن الواقف.

(١) انظر قوانين الوقف والحكر والقرارات التنفيذية. ط. رابعة سنة ٢٠٠٤.

فإذا أذن للناس بالصلاة فيه فصلى واحد كان ذلك تسليما ويزول ملكه عند أبى حنيفة ومحمد .

أما أبو يوسف - وهو أحد الصاحبيين - فإن خروج الموقوف من يد الواقف ليس شرطا .

وهو يحتج بما روى أن عمر رضى الله عنه وقف أرضه وكان يتولى أمر هذا الوقف بنفسه وكان فى يده .

كما روى عن على رضى الله عنه أنه كان يفعل ذلك، وإذا كان الوقف إزالة للملك، فليست هذه الإزالة إلى أحد، فلا يشترط فيه التسليم .

ويترتب على هذا الخلاف تقرير حق الواقف فى الانتفاع لنفسه من الوقف .

ففى الوقت الذى يرى فيه أبو يوسف أنه ليس بشرط أن يشترط الواقف لنفسه من منافع الوقف . .

يرى محمد أنه لا يحق للواقف اشتراط ذلك، لأن الوقف إخراج المال إلى الله تعالى، وجعله خالصا له، وشرط الانتفاع لنفسه يمنع الإخلاص فيمنع جواز الوقف، كما إذا جعل أرضه أو داره مسجداً وشرط من منافع ذلك لنفسه شيئا .

وأما حجة أبى يوسف فى إثبات حق الواقف فى الاشتراط لنفسه بالمنفعة أن عمر رضى الله عنه وقف وشرط فى وقفه أنه لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف، وكان يلى أمر وقفه بنفسه .

ويرى أبو يوسف أن الواقف إذا اشترط لنفسه بيع الوقف، وصرف ثمنه إلى ما هو أفضل منه يجوز، لأن شرط البيع شرط لا ينافيه الوقف(١) .

٥- ألا يكون الواقف فى مرض الموت :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن مرض الموت هو (المرض المخوف الذى يتصل بالموت، ولو لم يكن الموت بسببه)(٢) .

---

(١) انظر بدائع الصنائع ج٦ . كتاب الوقف والصدقة/ ٢٢٠ .
(٢) الأم للشافعى ٤ /٣٥، كشاف القناع ٥ /٢٢٨ .

وهذا التعريف وضع قيودا ليطلق على المرض أنه (مرض الموت) :

أول هذه القيود أن يكون المرض (مخوفا) أى من شأنه عادة أن يلحق الموت بحامله، كتلك الأمراض المستعصية أو الأمراض الخطيرة التى لا يرجى البرء منها . .

فالزكام مثلا والمغص ليسا من هذه الأمراض المخوفة، حتى وإن مات المريض بعد إصابته بها . .

القيد الثانى أن يتصل هذا المرض بالموت، أى أن صاحبه يظل يعانى منه حتى يموت .

القيد الثالث أن المريض قد يموت أثناء هذا المرض، وهذا هو ما يسمى (المرض المتصل بالموت)، مع أن الوفاة قد تكون بسبب غير هذا المرض .

وقد ذهب الحنفية إلى أن مرض الموت هو (الذى يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارج داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث . . ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء أكان صاحب فراش أم لم يكن، هذا ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، فيعتبر ابتداء السنة من تاريخ الاشتداد)[1] .

وقد تضمن هذا التعريف قيدين من قيود التعريف السابق هما : كون المرض مخوفا، أى يغلب الهلاك منه عادة، وكونه متصلا بالموت .

وقد أشار ضمنا أيضا إلى أن الموت قد يحدث بسبب غير هذا المرض، كأن يحدث لهذا المريض حادث عجّل بوفاته كقتل أو غرق أو حريق أو غيرها .

فإذا برىء المريض من هذا المرض (المخوف) وأصبح سليما معافى، فلا يعد المرض مرض الموت، وتصح تصرفات صاحبه كتصرفات السليم دون فرق .

وإذا فإن المريض ما دام حيا فتصرفاته صحيحه نافذة، ولا يجوز لورثته ولا لدائنيه الاعتراض عليها لاحتمال شفائه من هذا المرض .

---

(١) المادة ١٥٩٥ من مجلة الأحكام العدلية .

أما إذا انتهى المرض المخوف بالموت فقد تبين أن التصرف قد وقع فى مرض الموت[1].

● الهبة فى مرض الموت:

الهبة من التصرفات الطوعية التي لا يجبر الإنسان عليها، وهى وإن كانت تلحق بمال الواهب فتعود عليه بالنقصان، فإنها من التصرفات الحرة التى كفلها الإسلام للإنسان مادام يتصرف فى ماله، ولا يضر بغيره، ومادام هو سليما صحيحا عاقلا يملك إرادته.

والمريض إذا وهب شيئا من ماله لغيره، فإن هبته صحيحة نافذة وإن استغرقت ماله كاله، ولا تتوقف على إجازة أحد إذا لم يكن له وارث[2].

وهذا رأى الحنفية الذى يخالفهم فيه الشافعية والمالكية الذين يقولون ببطلان هذه الهبة فيما زاد على ثلث مال المريض، وحجتهم فى ذلك أن المال ميراث لسائر المسلمين[3].

أما إذا كان للمريض ورثة، فإن الفقهاء قد اتفقوا على نفاذ هبته فى ثلث ماله، فإذا زادت على الثلث فيتوقف القدر الزائد منها على إجازة الورثة، وتعتبر إجازتهم تنفيذا وإمضاء لهبة مورثهم[4].

وهم فى ذلك يلحقون هبة المريض للأجنبى من ثلث ماله بالوصية التى عرف حكمها بما روي عن سعد بن أبى وقاص حيث قال: عادنى رسول الله ﷺ فى حجة الوداع من شكوى أشفيت منها على الموت، فقلت يا رسول الله، بلغ بى ما ترى من الوجع، وأنا ذو مال، ولا يرثنى إلا ابنة لى واحدة، أفأ تصدق بثلثى

---

(١) نهاية المحتاج ٦/٥٩، المهذب ١/ ٤٦٠، المغنى ٦/٥٠٥.
(٢) المبسوط ١٢/ ١٠٣.
(٣) المهذب ١/ ٤٥٧، المنتقى للباحى ٦/١٥٦.
(٤) مغنى المحتاج ٣/ ٤٧، المغنى مع الشرح الكبير ٦/ ٢٨٦.

مالى؟ قال: لا، قلت: فبشطره؟ - أى بنصفه - قال: لا. قلت: فبثلثه؟ قال: بثلثه.. والثلث كثير»[1].

وهذا الحديث قد جعل صدقة المريض وهبته مثل الوصية تخرج من ثلث ماله بعد موته.

وقد اهتم الفقه الإسلامى بتصرفات المريض مرض الموت دون غيره من سائر الأمراض، لأن من شأن هذا المرض ألا تنضبط فيه تصرفات المريض، أو قد يتحكم فيه هواه فيتصرف بما لا يتفق مع موازين الشريعة فى أحكام التركات.

على أن ابن حزم يسوّى فى التصرفات المالية كالهبة والصدقة أو الهدية بين الصحيح والمريض، ويذهب إلى أن تصرفاتهم جميعا مقبولة نافذة فيقول: (كل من ذكرنا فكل ما أنفذوا فى أموالهم من هبة أو صدقة أو محاباة فى بيع أو هدية، أو إقرار كان كل ذلك لوارث أو لغير وارث أو إقرار بوارث أو عتق، أو قضاء بعض غرمائه دون بعض كان عليهم دين أو لم يكن... فكله نافذ من رءوس أموالهم كما فى أموال الأصحاء الآمنين المقيمين، ولا فرق فى شيء أصلا، ووصاياهم كوصايا الأصحاء ولا فرق)[2].

ويستند ابن حزم فى هذا الاتجاه على قوله تعالى ﴿وَافْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ وحضه على الصدقة، وإحلاله البيع.

وعلى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾، فإن الله سبحانه لم يخص - فى هذه الآية - صحيحا من مريض، ولا آمنا من خائف ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ ولو أراد الله تعالى تخصيص شيء من ذلك لبينه على لسان رسول الله ﷺ.

الوقف فى مرض الموت:

.. ومن التصرفات التى يوجه إليها الفقه عنايته وقف المريض مرض الموت.

---

(١) فتح البارى ١١/ ١٧٩، مسلم ٣/ ١٢٥٠.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم ص ٩ كتاب فعل المريض/ ٣٤٨.

حيث يكون الوقف حبسا لعين من المال، وإزالة لملكية الواقف فيها.

وقد تتعلق بهذا العين مصلحة للغير كالورثة والدائنين ويكاد حكم الوقف – فى هذه الحالة – يقترب من الهبة والوصية وقد عرضنا الحكم فيهما فى السطور السابقة.

وبالنسبة لوقف المريض مرض الموت، فإن هذا الوقف يختلف بين ما إذا كان المريض الواقف غير مدين، وبين ما إذا كان مدينا..

(أ) فإذا كان المريض الواقف غير مدين، فإن وقفه يصح وينفذ فى حدود الثلث من تركته، ويتوقف فى القدر الزائد على إجازة الورثة.

(ب) وإذا كان مدينا بدين يستغرق التركة كلها، فإن الوقف لا يصح ولا ينفذ إلا بإجازة الدائنين سواء أكانوا وارثين أم غير وارثين.

وسواء أكان الموقوف ثلث التركة أم أقل منه أم أكثر، هذا إذا كان الدين من التركة، وحكم على الوقف فى الباقى منها وهو الجزء الذى يخلو من الديون.

وإذا كان الوقف على ورثة المريض ثم على أولادهم ثم على جهة بر لا تنقطع، فإن الوقف يصير نافذا بإجازة الورثة بصرف النظر عن مقداره.

فإذا لم يجيزوه نفذ فى حدود الثلث.

وإن أجازه بعض الورثة دون البعض الآخر، كانت حصة المجيز وقفا من الثلث[1].

وذلك على اعتبار أن وقف المريض مرض الموت يأخذ حكم الوصية فى اعتباره من ثلث المال لانه تبرع، فاعتبر فى مرض الموت من الثلث وإذا خرج من الثلث جاز من غير رضا الورثة، و إذا زاد لزم الوقف منه بقدر الثلث ووقف الزائد على إجازة الورثة، لأن حقهم تعلق بالمال بوجود المرض فمنع التبرع بالزيادة[2].

---

(١) رد المختار ٣ / ٥٠٠.

(٢) المغنى لابن قدامه جـ٥ / ٦٣٧.

وقد حقق ابن نجيم هذا الموضوع حيث قال:

(والحاصل أن المريض إذا وقف على بعض ورثته، ثم من بعده على أولادهم، ثم على الفقراء فإن أجاز الوارث الآخر كان الكل وقفا واتبع الشرط، وإلا كان الثلثان ملكا بين الورثة، والثلث وقفا مع أن الوصية للبعض لا تنفذ فى شىء، لأنه لم يتمحض للوارث، لأنه بعده لغيره، فاعتبر الغير بالنظر إلى الثلث واعتبر الوارث بالنظر إلى غلة الثلث الذى صار وقفا فلا يتبع الشروط ما دام الوارث حيا، وإنما تقسم غلة هذا الثلث بين الورثة على فرائض الله تعالى، فإذا انقرض الوارث الموقوف عليه اعتبر شرط الواقف فى غلة الثلث[1].

القبض فى وقف المريض:

وإذا حبس المريض بستانه أو أرضه الموقوفة على المساكين تحت يده حتى مات، فإن هذا جائز عند مالك، ويكون الوقف كالوصية كأنه قال: (بستانى هذا على المساكين حبس عليهم تجرى عليهم غلتها) وكل فعل فعله المريض لا يحتاج فيه إلى أن يقبض من يديه، ولأنه لو قبض من يديه كان موقوفا لا يجوز لمن قبضه أكل غلته إن كانت له، ولا آكله إن كان مما يؤكل حتى يموت.

أما إذا كان الواقف صحيحا، ثم حبس ملكه أو تصدق به على المساكين، فلم يخرجها من يديه حتى مات، فإن هذا لا يجوز لأنها لا تعد وصية، ولا تعد وصية إلا أن يخرجها من يديه قبل أن يموت أو يوصى بإنفاذها فى مرضه فتكون من الثلث. وإذا تصدق الرجل الصحيح بصدقة أو وهب هبة على من يقبض لنفسه، فلم يقبضها حتى مرض المتصدق أو الواهب لم يجز له قبضها.

وقد روى أن أبا بكر وعمر وعثمان وعبد الله بن عمر وعبدا لله بن عباس قالوا: لا تجوز صدقة حتى تقبض.

كما روى أن عمر قوله: (ما بال رجال ينحلون (أى يعطون) أبناءهم نحلا ثم يمسكونها، فإن مات ابن أحدهم قال: مالى بيدى لم أعطه أحدا، وإن حضر

(١) البحر ج٦/ ٢١٠ نقلا عن محاضرات فى الوقف: أبو زهرة/ ١٣٠.

أحدهم الموت قال: هو لابنى قد كنت أعطيته إياه؟! من أعطى عطية فلم يحزها الذى أعطيت له فالعطاء باطل)[1].

وهذا وقد اعتبر القانون المدنى المصرى الوقف مثل أى تبرع صادر فى مرض الموت وصية، فجاء فيه:

(كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت، ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت هذه التسمية.

وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا).

ويعلق فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة على ذلك بقوله:

(إن الوصية التى تكون فى معني الوقف جوازها موضع نظر؛ لأن المقصد من القانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ إلغاء الوقف الأهلى بكل صوره وبمقتضى التنسيق القانونى تكون كل وصية فى معناه لها حكمه، لأنه لا يصح أن يكون القانون قد أحل فى ناحية ما ألغاه فى ناحية أخرى والمؤدى فى الناحيتين واحد)[2].

● **تزاحم الوصايا والقربات فى مرض الموت:**

قد يبدو للمريض أن يتصرف فى أملاكه قبل موته، فيوصى لبعض الجهات، ويتبرع لبعض الجهات، ويقف بعض أملاكه على جهات أخرى... ثم تعاجله المنية قبل إنفاذ هذه التصرفات.

فما الموقف إذا تزاحمت هذه التصرفات؟

هناك مواقف متعددة تتلخص فيما يلى:

١- إذا اجتمعت الوصايا لجهات البر مع الوقف فى مرض الموت، قسمت التركة بين الوقف والوصايا قسمة محاصة أى بالتناسب بينها.

---

(١) المدونة الكبرى ج ٦/١٠٨ كتاب الحبس.

(٢) محاضرات فى الوقف/ ١٣١.

فإذا كان ثلث التركة ٣٠٠٠ جنيه، وكانت قيمة الوصايا ٢٠٠٠ جنيه، وكانت قيمة الوقف ١٠٠٠ جنيه فلا إشكال فى ذلك، حيث يتم التقسيم بهذا التناسب.

٢- تقدم الوصايا الأكثر أهمية على الوصايا الأقل أهمية، فتقدم الوصية بأداء الزكاة والكفارات، ثم يليها الوصية بأداء النذور مثلا، ثم تقدم النوافل.

وإذا كان هناك وقف فإن الوقف الخيرى يقدم على الوقف الأهلى.

ومنى ذلك أن تقدم الوصايا بالقربات إذا كانت فرضا، ثم الواجب، ثم النفل، وفيها الوقف الخيرى والأهلى.

٣- عند المالكية والشافعية والحنابلة تكون الفرائض المالية ديونا لله تعالى، فتقدم على كل الوصايا بأنواعها المختلفة..

ومن ثم فإنها تقدم على الوقف فى مرض الموت، على اعتبار أنها دين مقدم على كل الحقوق الأخرى..

بل إن من الفقهاء من يقدم ديون الله تعالى على ديون العباد لقول الرسول ﷺ: «دين الله أحق بالوفاء».

• اشتراطات الواقف:

لأن الوقف - فى أصله - عقد من عقود التبرع يحبس فيها الواقف العين الموقوفة ويسبّل الثمرة، فإن لهذا الواقف حقا فى اشتراط بعض الشروط لتنفيذ الوقف، ولا تحرمه الشريعة من هذا الحق ما دام ذلك فى حدود ما شرع الله، ومعنى ذلك أن شرط الواقف لا يصح على إطلاقه، ولكنه يصح فى حدود وضوابط معينة. فالشرط الذى يخالف مقصود الشارع لا يعتبر ولا يؤخذ به، وقد ألغى الشارع - مثلا - هذا الشرط حتى فى النذر الذى هو قربة وطاعة.

فمن نذر مكانا معينا للصلاة لا يتعداه، فنذره ملغى لفضيلة بعض الأماكن كالمسجد الحرام على هذا المكان المنذور.

وتعيين الصلاة فى مكان معين لم يرغب الشارع فيه لا يعد قربة إلى الله، وما ليس بقربة فإنه لا يجب الوفاء به فى النذر، ولا يصح اشتراطه فى الوقف.

وإذا كان الواقف يقصد بوقفه التقرب إلى الله، فإن تقربه بوقفه كتقربه بنذره.

فإذا شرط الواقف أن يكون وقفه على الأغنياء دون الفقراء كان شرطه شرطا باطلا عند جمهور الفقهاء مع أن وصف الغنى وصف مباح ونعمة من الله.

كما لا يجوز الوقف على شرط مستقبل إلا أن يقول: هو وقف بعد موتى فيصح ويكون وصية، لأنه تبرع مشروط بالموت، كما لا يجوز الوقف إلى مدة، لأنه إخراج مال على سبيل القربة.[1].

ومعيار تمييز الشرط الصحيح من الشرط الباطل عرض شروط الواقفين على كتاب الله سبحانه، فما وافق كتابه وشرطه فهو صحيح، وما خالفه كان شرطا باطلا مردودا.

ولا يعد (شرط الواقف كنص الشارع) كما يردد البعض، لأن من شروط الواقف ما يؤخذ به إذا كان فى حدود الشروط المشروعة، ومنها ما يرد إذا كان مما يخالف حكم الله ورسوله، وكل شرط يخالف مقصود العقد فهو باطل..

فالمسلمون - مثلا - مجمعون على أن العبادة فى المسجد من الذكر والصلاة أفضل منها عند القبور.

فمن وقف القبور لهذه العبادات وترك المساجد، فقد ترك الأحب إلى الله والأنفع للعبد، وعطل الغاية المشروعة من الوقف[2].

● اشتراطات مشروعة فى الوقف:

عقد ابن حجر العسقلانى فى كتابه (فتح البارى بشرح صحيح البخارى) بابا تحت عنوان (إذا وقف أرضا أو بئرا أو اشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين)[3].

---

(١) الكافى فى فقه أحمد بن حنبل ج٢ / ٢٩٧.
(٢) انظر: أعلام الموقعين. لابن قيم الجوزية ج١ / ٣١٣ - ٣١٨.
(٣) الجزء الخامس. كتاب الوصايا.

فذكر من أمثلة الاشتراطات المشروعة أن أنسا وقف دارا، فكان إذا قدم نزلها وهذا موافق لمذهب المالكية فى جواز وقف الدار واستثناء حجرة منها وتصدق الزبير بن العوام بدُوره، وسمح لإحدى بناته بأن تسكن فيها من غير ضرر يلحق بها، أو غير ضرر تُلحقه هى بهذه الدار.

وجعل ابن عمر نصيبه من دار عمر سُكنى لذوى الحاجات من آل عبد الله ابن عمر.

وعثمان قد اشترى بئر رومة، فوقفها على منفعة الفقير والغنى وابن السبيل، واشترط أن تكون منفعته من هذه البئر كمنفعة واحد من المسلمين.

وإن كانت هذه البئر أو لا عينا فلا مانع أن يشترط عثمان أن يحفر فيها بئرا، ولعل العين كانت تجرى إلى بئر فوسعها وطواها فنسب حفرها إليه.

وقال عمر فى وقفه: لا جناح على من وليه أن يأكل منه، وقد يليه الواقف أو غيره، فهو واسع للكل.

وعلق القرطبى على ذلك بقوله:

جرت العادة بأن العامل يأكل من ثمرة الوقف، حتى لو اشترط الواقف أن العامل لا يأكل منه، ولكنه يأكل بالمعروف وبالقدر الذى جرت به العادة، أو القدر الذى يدفع به الشهوة.. وقيل المراد بالمعروف أن يأخذ منه بقدر عمله[1].

ومن هذه الأمثلة وغيرها يتبين أن الواقف من حقه أن يشترط تولى النظر على وقفه.

ولقد ولى عمر – رضى الله عنه – صدقته حتى مات، وجعلها بعده إلى ابنته حفصة.

وأن عليا رضى الله عنه ولى صدقته حتى مات، ووليها بعده الحسن بن على.

---

(١) انظر فتح البارى ج٥. كتاب الوصايا/ ٤٧١.

وأن فاطمة بنت رسول الله ﷺ وليت صدقته حتى ماتت.

وعند أبي يوسف أن الواقف إذا جعل الولاية إليه جاز، وعند بعض الفقهاء أن الواقف إذا شرط الولاية لنفسه كان له ولاية أما إذا كان غير مأمون على الوقف وشرط الولاية لنفسه فللقاضى أن ينزعها منه نظرا لمصلحة الفقراء(١).

كما أن ابن قدامة يقول: إن الشخص الذى سماه الواقف هو الذى ينظر فى الوقف، سواء سمى نفسه أم غيره(٢).

وقال الشافعي: لم يزل العدد الكثير من الصحابة فمن بعدهم يلون أوقافهم.

ومن ذلك أيضا يتبين أن للواقف أن يشترط لنفسه جزءا من ريع الموقوف، لأن عمر شرط لمن ولى وقفه أن يأكل منه بالمعروف، ولم يستثن إن كان هو الناظر أو غيره فدل على صحة الشرط.

كما رأى أبو يوسف وأحمد صحة اشتراط الواقف الوقف على نفسه، وقال بذلك بعض المالكية بحيث لا يتهم أنه قصد حرمان ورثته.

وقد استشهدوا على صحة ذلك بأن رسول الله ﷺ أعتق صفية، وجعل إعتاقها صداقها.

ووجه الاستدلال به أنه أخرجها عن ملكه بالعتق، وردها إليه بالشرط.

وعارض البعض جواز اشتراط الواقف أن يقف على نفسه بأن تسبيل الثمرة يعنى تمليكها للغير، والإنسان لايتمكن من تمليك نفسه لنفسه.

كما أن عمر اشترط لناظر وقفه أن يأكل منه بقدر عمالته، ومنعه أن يتخذ لنفسه منه مالا، فلو كان يؤخذ منه صحة الوقف على النفس لم يمنعه من الاتخاذ، وكأنه اشترط لنفسه أمرا لو سكت عنه لكان يستحقه لقيامه.

---

(١) (فتح القدير ج٥/ ٤٤٢).
(٢) (المغنى لابن قدامة ج٦/ ٢٢٩).

ونرى أن لهذا الاعتراض وجاهته، فمن وقف شيئا واشترط أن تكون منفعة هذا الشيء لنفسه فإنه لم يخرج عن حكم الانتفاع بما يملك فعلا، وهذا حق من حقوق الملكية، ولا داعى لأن يلجأ إلى الانتفاع بملكه بوقف هذا الملك، فإن الانتفاع مقرر له من غير الوقف.

ولقد رجح العلماء أن الواقف إذا لم يشترط للناظر قدر عمله، جاز لهذا الناظر أن يأخذ بقدر عمله، وبخاصة إذا دخل فى صفة أهل الوقف كالفقراء والمساكين. ولو اشترط الواقف لنفسه النظر، واشترط أجرة ففى صحة هذا الشرط خلاف، والراجح الجواز.

كما يجوز أن يشترط الواقف إجراء الوقف على وارثه، لأن عمر جعل النظر بعده لحفصة بنته وهى ممن يرثه، وجعل لمن ولى وقفه أن يأكل منه.

كما نقل عن أبى يوسف أن للواقف أن يشترط أنه إذا تعطلت منافع الموقوف بيع وصرف ثمنه فى غيره.

وكذا إن شرط البيع إذا رأى الحظ فى نقله إلى موضع آخر[1].

● **الاشتراطات المقبولة:**

إن ما يشترطه الواقف من الشروط يكون معتبرا إذا كان من الشروط السائغة المقبولة، فهناك شروط مناسبة وشروط غير مناسبة وقد جاء فى المغنى لابن قدامة[2] أمثلة لهذه الشروط منها:

إن شرط أن يأكل أهله من هذا الوقف صح الوقف والشرط، وإن شرط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه لم يصح الشرط ولا الوقف، ويحتمل أن يصح الوقف ويفسد الشرط، وإذا اشترط الواقف أن ينفق من الوقف على نفسه يصح الوقف والشرط، فإن شرط أن ينتفع به مدة معينة فمات، فينبغى أن ينقل ذلك لورثته.

---

(١) فتح البارى (السابق).　　(٢) ج ٦/٩٥ ط أولى.

● **نماذج فقهية لاشتراطات الواقف :**

شرط الواقف إخراج من شاء من أهل الوقف :

قد يبدو للواقف أن يشترط إخراج من شاء من أهل الوقف، وأن يدخل من شاء من غيرهم.

وهذا الشرط لا يصح عند ابن قدامة من الحنابلة[١]، وذلك لأن هذا الشرط ينافى مقتضى الوقف فأفسده، كأنه شرط ألا ينتفع بالوقف أحد . ولكنه إن شرط للناظر أن يعطى من يشاء من أهل الوقف ويحرم من يشاء جاز، لأن ذلك ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف، وإنما علق استحقاق الوقف بصفة، كأنه جعل له حقا فى الوقف إذا انصف بإرادة الوالى لعطيته، ولم يجعل له حقا إذا انتفت تلك الصفة فيه.

وذلك يشبه مالو وقف على المشتغلين من ولده، فإنه يستحق منهم من اشتغل به دون من لم يشتغل، فلو ترك المشتغل الاشتغال زال الاستحقاق،وإذا عاد إليه عاد استحقاقه.

وعلى أية حال فإن الوقف ينظر فيه من حيث شرط الواقف، لأن عمر رضى الله عنه جعل النظر فى وقفه إلى حفصة ابنته، ثم إلى ذوى الرأى من أهلها.

وإذا جعل الواقف نظارة الوقف إلى اثنين من أفاضل ولده جعل إليهما.

فإن لم يوجد إلا فاضل واحد، ضم الحاكم إليه آخر؛ لأن الواقف لم يرض بنظر واحد[٢].

ولقد روى عن عائشة أنها كانت إذا ذكرت صدقات الناس وإخراج الرجال بناتهم منها تقول :

ما وجدت للناس مثلا اليوم فى صدقاتهم إلا ما قال الله :

---

(١) انظر المغنى ج٥/ ٦٠٦.

(٢) الكافى فى فقه أحمد بن حنبل. لابن قدامة المقدسى ج٢/ ٣٠٥.

﴿ وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَٰذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰ أَزْوَاجِنَا ﴾ [الأنعام: ١٣٩]

اى انها كانت تستنكر ان يخص الرجل اولاده الذكور، وأن يخرج الإناث من هذه الخصوصية.

كما قالت: إن الصدقات فيما مضى إنما كانت على البنين والبنات حتى أحدث الناس إخراج البنات.

وقال مالك: من حبس على ولده دارا فسكنها بعضهم ولا يجد بعضهم فيها سكنا، فيقول الذين لا سكن لهم: أعطونى من الإيجار بحسب حقى، فهذا غير جائز، لأنه لا يجوز أن يخرج أحد لأحد إلا أن يكون عنده فضل من المساكين(١).

ولقد روى عن أحمد بن حنبل أنه إذا وقف داره على أولاده، فإنها تكون وقفا على كل أولاده من الذكور والإناث مالم تكن قرينه تصرف عن ذلك(٢).

وعند الشافعية أن الوقف يكون على ما شرطه الواقف من تسوية أو تفضيل أو تقديم أو تأخير، وإدخال من شاء بصفة وإخراجه بصفة كقوله مثلا: وقفت على أولادى بشرط أن يتقدم الأكثر ورعا، أو بشرط أن يصرف لزيد مائة ولعمرو خمسون.. وفى هذا كله يتبع شرط الواقف(٣).

ومحل الشرط ما لم تكن ضرورة، فأمكن الانتفاع بالموقوف دون إجارة، وإلا فسد الوقف، كما لو شرط أنه يمنع من شاء ويعطى من شاء، ويدخل من شاء ويخرج من شاء فلا يصح الوقف فى شيء من ذلك(٤).

اشتراط الواقف جعل نفقة إصلاح العين على الموقوف عليه: فإنه إذا وقف

---

(١) المدونة ج١٥/ ٢٠٦.
(٢) المغنى ج٥/ ٦٠٨.
(٣) الإقناع ج٢/ ٨٤.
(٤) حاشيتا قليوبى وعميره ج٣/ ١٠٣.

رجل دارا على رجل آخر وأولاده وأحفاده، ثم اشترط على الموقوف عليهم أن ما احتاجت الدار من إصلاح وترميم فهو عليهم، فإن هذا الشرط يحوّل الوقف إلى إجارة عند مالك.

فلقد قال مالك في الفرس يحبس على الرجل ويشترط عليه حبسه سنة وأن يعلفه في هذه السنة، إن هذا الشرط «لا خير فيه».

ووجه كراهية ذلك عنده أنه غرر، فإن الفرس إذا مات قبل مرور السنة فقد ذهب علفه ونفقته سدى[1].

● شروط غير مشروعة في الوقف:

وهي تلك الشروط التي نهى عنها الشرع لمخالفتها لمقرراته، أو لأنها ليست في مصلحة المستحقين.

فمن شرط على هؤلاء المستحقين للوقف أن يدفعوا مالا في مقابل استحقاقهم من غلات هذا الوقف، فإن شرطه باطل وإن لم يؤثر على صحة الوقف.

ومن هذه الصور غير المشروعة ما يأتي:

(أ) إذا عَيَّن الواقف ناظرا على الوقف، واشترط ألا يعزل هذا الناظر عن النظر في الوقف حتى وإن ظهرت خيانته وجوره على حقوق المستحقين.

وذلك لأن استمرار الناظر الخائن على الوقف يعطل مصالح المنتفعين كما ينفي الغاية التي من أجلها شرع الوقف.

(ب) إذا شرط الواقف عدم الالتزام باستبدال عين الوقف بعد خرابها وخروجها عن وجوه المنفعة المرجوة منها.

وقد كان بعض الواقفين يلجأ إلى هذا الشرط ليتحلل من التزامات الوقف.

(جـ) إذا شرط الواقف شروطا يبدو فيها التحكم والاستبداد الذي يتنافى مع طبيعة العقد.

---

(١) المدونة جـ١٥/ ١٠٥.

كأن يشترط ألا توزع غلة الوقف إلا فى مكان معين، أو ألا توزع هذه الغلة إلا من صنف معين من الطعام...

فإن للناظر على الوقف أن يتصرف فى مكان توزيع غلة الوقف بما يتفق والمصلحة.

كما أن له أن يغير صنف الطعام المشروط من الواقف إن رأى أن هذا التغيير فى مصلحة المستحقين.

وعلى وجه العموم فإن الشروط غير المشروعة فى الوقف ليست لازمة النفاذ، ولا أثر لها فى إبطال الوقف.

وإذا كان الحنفية قد أجازوا دفع القيمة فى الزكاة بدلا من دفعها حبوبا أو رءوسا للماشية..

فإن القول بالقيمة فى الوقف يكون أولى.

(د) أن يقف الواقف شيئا من أملاكه على مصلحة زوجته بشرط ألا تتزوج من بعده أبدا.

ففى هذا الشرط تعسف وتعطيل لحق من الحقوق الإنسانية المشروعة.

وقد قال ابن القيم فى هذا الشرط: (.. لا يجب الوفاء بهذا الشرط ولا التزامه، بل من التزمه رغبة عن السنة، فليس من الله فى شىء فإن النكاح إما فرض يعصى تاركه، وإما سنة يثاب فاعلها.. ومن فعل ما فرضه الله عليه وقام بالسنة لم يحل له أن يتناول من هذا الوقف شيئا، ولا يخفى ما فى التزام هذا الشرط من معاندة الله ورسوله)[1].

(هـ) إذا وقف المالك عينا واشترط حرمان البنات من الاستحقاق، أو تقييد استحقاقهن بعدم الزواج، فإن ذلك الشرط يكون ممنوعا وقد رأى كثير من الفقهاء أن البنات يدخلن فى الوقف ويلغى شرط حرمانهن وإن حيز الوقف.

---

(١) إعلام الموقعين ج٢/ ١٥٧.

ورأى بعضهم دخولهن فى الوقف قبل حيازته، فإذا كان قد حيز فلا يدخلن، ولا يلغى الشرط إلا إذا رضى الموقوف عليهم، لأن الحيازة جعلت لهم حقا عينيا، فلا يسلم حق البنات إلا برضاهم[1] ولقد جاء القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فحدّ من إرادة الواقفين فى اشتراط عدم الزواج أو الاستدانة إلا إذا كانت لغير مصلحة.

ولكنه أعطى الحرية للزوجة إذا كانت هى الواقفة بأن تشترط على زوجها لاستحقاقه ألا يتزوج عليها، وألا يطلقها.

وهذا يعد استثناء من أحكام الاستحقاق، وإبقاء لحكم قديم كان معمولا به قبل القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦.

ولقد جاء فى هذا القانون الأخير جواز السكنى لمن شرط له الاستغلال، وجواز الاستغلال لمن له حق السكنى، حيث جاءت المادة (٣١) من هذا القانون بنصها:

(يجوز استغلال الدار الموقوفة للسكنى، وتجوز السكنى فى الدار الموقوفة للاستغلال ما لم تقرر المحكمة غير ذلك إذا رفع الأمر إليها).

* * *

---

(١) فضيلة الشيخ أبو زهرة/ ١٤٤.

المبحث الثانى

أحكام الموقوف

● **يشترط فى الموقوف عدة شروط منها:**

١- أن يكون عقارا لا منقولا، وهذا عند الحنفية.

لأن من شروط الوقف التأبيد، ووقف المنقول غير جائز، وذلك لاحتمال هلاكه.

غير أن هذا المنقول إذا كان تابعا للعقار فقد جاز وقفه، وذلك فيما إذا وقف ضيعة ببقرها وعمالها.

وجواز وقف المنقول تبعا للعقار لا يدل على وقفه منفصلا ويبدو من كلام أبى يوسف - الفقية الحنفى - جواز وقفه إذا كان شيئا جرت به العادة، وذلك كوقف الفأس لحفر القبور، ووقف الإناء الكبير لتسخين الماء..

وقد أجازوا وقف الأشجار مع أنها من المنقولات استحسانا، لأن الناس قد تعودوا ذلك، وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن.

وجواز وقف الأشجار استحسانا يقضى الانتفاع بثمارها دون أغصانها إلا فيما يعتاد قطعه ليبنى به. كما يجوز وقف سائر آلات الحراثة لأنه تبع للأرض.

والسلاح فى سبيل الله مما لا يجوز وقفه عند أبى حنيفة لأنه منقول، ولم تجر العادة بوقفه.

وذلك خلافا لصاحبيه اللذين يجوّزان بيع الأسلحة القديمة التى لم تعد صالحة للانتفاع، ثم شراء أسلحة جديدة بثمنها، وهما فى ذلك يتركان القياس الذى بمقتضاه لايجوز ذلك إلى النص حيث يرويان عن النبى ﷺ قوله:

«أما خالد فقد أحتبس أكراعا[1] وأفراسا فى سبيل الله تعالى».

ولكن ذلك لا يعد دليلا على جواز وقف السلاح؛ لأن قول الرسول ﷺ «احتبس» يحتمل أنه أمسكه للجهاد لا للتجارة[2] ويدخل فى جواز الوقف أيضا وقف الإبل لأن العرب كانوا يجاهدون عليها ويحملون عليها السلاح.

وقد جاء فى صحيح البخارى فى باب (وقف الدواب والكراع) فيمن جعل ألف دينار فى سبيل الله، ودفعها إلى غلام يتّجر بها، وجعل ربحه صدقة للمساكين والأقربين: هل للرجل أن يأكل من ربح تلك الألف شيئا وإن لم يكن جعل ربحها صدقة فى المساكين؟ قال: ليس له أن يأكل منها[3].

كما روى أن عمر حمل على فرسه فى سبيل الله رجلا، فأُخبر عمر أنه قد وقفها يبيعها، فسأل رسول الله ﷺ أن يبتاعها فقال: لا تبتاعها، ولا ترجعّن فى صدقتك»

والشاهد فى هذه الرواية أنها تدل على صحة وقف المنقولات، ويلحق بها ما فى معناها من المنقولات إذا وجد الشرط وهو تحبيس العين، فلا تباع ولا توهب، بل ينتفع بها، والانتفاع فى كل شيء بحسبه. وفى هذه الرواية أن عمر حمل الرجل على فرسه فى سبيل الله، ثم وجد هذاالفرس يباع، فلم يأذن الرسولﷺ لعمر بشرائه، لأن ذلك يعد رجوعا فى الصدقة[4].

وقد جعل ابن حجر العسقلانى لهذه الرواية عنوانا هو (إذا حمل رجل على فرس فهو كالصدقة) ثم قال: ما كان من الحمل على الخيل تمليكا للمحمول عليه بقوله هو لك كالصدقة، فإذا قبضها لم يجز الرجوع فيها.

---

(١) الكراع – بضم العين، وجمعه أكراع وهو طرف الشيء، ويقصد به هنا الخيل والبغال والحمير.

(٢) انظر: بدائع الصنائع. للكاسانى ج٦. كتاب الوقف والصدقة/ ٢٢٠.

(٣) البخارى كتاب الوصايا. باب وقف الدواب والكراع.

(٤) فتح البارى ج٥. كتاب الوصايا/ ٤٧٥.

وما كان تحبيسا فى سبيل الله فهو كالوقف لا يجوز الرجوع فيه.

والذى يظهر أن البخارى أراد الإشارة إلى الرد على من قال بجواز الرجوع فى الهبة ولو كانت للأجنبى.

ولقد بين القانون المصرى رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فى المادة (٨) منه جواز وقف العقار والمنقول.. وهذا نص المادة:

(لا يجوز وقف الحصة الشائعة فى عقار غير قابل للقسمة إلا إذا كان الباقى منه موقوفا، واتحدت الجهة الموقوف عليها، أو كانت الحصة مخصصة لمنفعة عين موقوفة.

ويجوز وقف حصص وأسهم شركات الأموال المستغلة استغلالا جائزا شرعا).

على أن أكثر فقهاء الحنفية ينقلون عن محمد - أحد صاحبى أبى حنيفة - أن وقف العقار إذا صح فلا يجوز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعا، فيطلب الشريك القسمة فتصح مقاسمته. أما امتناع البيع والتمليك فلأنه قد زال عنه ملكه، وأما القسمة فلأنها ليست بتمليك من جهته، وإنما هى تمييز الحقوق وتعديل الأنصبة..

وبناء على هذا الرأى يجوز وقف المشاع، وهو الملك المشترك بين أكثر من واحد.

وإذا وقف رجل نصيبه من عقار مشترك، فهو الذى يقاسم شريكه، وإن وقف نصف عقار خالص له فإن القاضى هو الذى يقاسمه[١].

ورغم أن بعض الفقهاء قد توسعوا فى الوقف فقالوا بجوازه فى كل شىء من الأصول من الدور والأرضين بما فيها من الغراس والبناء إن كانت فيها، وفى المصاحف، والسلاح والخيل فى سبيل الله فى الجهاد فقط[٢].

---

(١) الجوهرة النيرة على مختصر القدورى ج٢/ ٢٤.

(٢) المحلى لابن حزم ج٩. أحكام الوقف/ ١٧٥.

فإن طائفة ضيقت محل الحبس فقالت: لا حبس إلا فى سلاح وكراع، وقد روى ذلك عن ابن مسعود وعلى وابن عباس. وطائفة أخرى أجازت الوقف فى الثياب والحيوان والدراهم والدنانير وهو قول مالك(١).

ويمكن أن نتصور ضابطا فى الوقف بين الموسعين والمضيقين له فنقول: إن كل ماله أصل يمكن حبسه، وتسيل منفعته جاز وقفه عقارا كان أم منقولا، سلاحا كان أم ثيابا أم حيوانا أم دراهم ودنانير.

جاء فى (الكافى فى الفقه) لموفق الدين المقدسى أنه يصح وقف كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها دائما، قياسا على المنصوص عليه، كما يصح وقف المشاع، لأن القصد تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة وهذا يحصل فى المشاع.

كما يصح وقف علوّ الدار دون سفلها، وسفلها دون علوها لأنهما عينان يجوز وقفهما، فجاز وقف أحدهما كالدارين(٢).

وجملة ذلك - كما قدمنا - أن الذى يجوز وقفه هو ما يجوز بيعه ويجوز الانتفاع به مع بقاء عينه وكان أصلا يبقى بقاء متصلا كالعقار والسلاح والأثاث وأشباه ذلك.

وقال ابن حنبل: إنما الوقف فى الدور والأرضين على ما وقف أصحاب رسول الله ﷺ(٣).

وخلاصة هذا العرض تتمثل فى النقاط الآتية:

١- وقف المنقول جائز على خلاف الأصل - عند الحنفية - وهو جائز بحكم تبعيته للعقار إذا كان متصلا به اتصال قرار وثبات كالبناء والأشجار، أو كان منقولا فى خدمة العقار كالمحاريث والبقر والعمال فى خدمة الأرض.

---

(١) المرجع السابق، بلغة السالك لأقرب المسالك ج٣/ ١٩٢.

(٢) الكافى فى الفقه على مذهب أحمد بن حنبل موفق الدين بن قدامه المقدسى ج٢/ ٢٩٦.

(٣) المغنى لابن قدامة ج٥. كتاب الوقوف والعطايا/ ٦٤٢.

٢- يجوّز المالكية وقف المنقول كما يجوزون وقف العقار، لأن الوقف يجوز مؤقتا كما يجوز مؤبدا، وإذا جاز مؤقتا فلا يشترط أن تكون العين صالحة للبقاء الدائم، وإذن فإنه يجوز وقف كل منقول من غير قيد يقيده.

٣- كما جوّز الشافعية والحنابلة وقف المنقول كالعقار. ولكن ينتهى وقف المنقول إذا أتلف ولم يعد يرجى الانتفاع به[١].

● وقف الكتب.. والملابس.. ونحوها:

يجوز وقف الكتب على طلبة العلم، وقد تستمر تحت يد صاحبها حتى يموت.

فإذا كان الواقف قد وقفها وهو فى حال صحته ولم يغيرها حتى مات، فهذه الكتب تكون ملكا للورثة، ولهم قسمها بالوجه الشرعى لبطلان وقفها بموت واقفها قبل حوزها عنه.

وإن كان هذا الوقف فى مرض الموت فهذه الكتب وقف من ثلث التركة، فإن اتسع لها الثلث نفذ، وإن زادت عليه نفذ فى الثلث، ولم ينفذ فى الزائد عليه[٢].

وليس لمن وقفت عليه الكتب أن يغيرها إلى شخص آخر، وأما إن وقفها لانتفاع الناس بها، فأخذ رجل منها كتابا لينتفع به، فليس له أن يعيره، ولكن لغيره أن يأخذه منه على أنه مستحق، ومن جملة الموقوف عليهم لا على وجه العارية[٣].

على أنه ينبغى التنبيه إلى عدم جواز وقف كتب مخالفة لدين الإسلام، فلا يجوز وقف كتب التوراة والإنجيل وغيرها، لأن هذه الكتب. من وجهة نظر شرعية - كتب منسوخة قد بُدّل بعضها وحُرّف بعضها.

ولقد غضب النبى ﷺ حين رأى مع عمر شيئا استكتبه منها، وقال مثل

---

(١) انظر المراجع الفقهية المذهبية السابقة.

(٢) فتح العلى المالك. محمد أحمد عليش ج٢ مسائل الوقف/ ٢٦١.

(٣) المرجع السابق/ ٢٤٤.

قوله: (أفي شك) أنت يا ابن الخطاب، ألم آت بها بيضاء نقية؟ لو كان موسى أخي حيا ما وسعه إلا اتباعي) . ولولا أن ذلك معصية ما غضب منه[1] .

وعند أبي حنيفة لا يجوز وقف الكتب خلافا لصاحبيه (محمد وأبو يوسف) . . .

ومع ذلك فقد روى أن أحد تلاميذ أبي حنيفة وهو (نصر بن يحيى) قد وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب أبي حينفة[2] .

أما وقف الملابس والثياب، فإنه قد جاء في «المدونة» للإمام مالك أنه لا بأس بأن يحبس الرجل الثياب والسروج[3] .

ولقد حدد ابن قدامة ضابطا في جواز الوقف بقوله:

(ما لا ينتفع به إلا بالاتلاف مثل الذهب والورِق والمأكول والمشروب والمأكول فوقفه غير جائز) .

فوقف الدراهم والدنانير والأطعمة والمشروبات وغيرها غير جائز في قول عامة الفقهاء .

وذلك لأن الأصل في الوقف هو حبس العين وتسبيل الثمرة، وما لا يمكن الانتفاع به إلا بإتلافه لا يصح فيه ذلك . .

وإذا لم يصح وقف الدراهم والدنانير من الذهب والفضة، فإنه يصح وقف الحليّ من الذهب والفضة، لأنه يمكن حبس أصلها والانتفاع بها في التحلي والإعارة .

وذلك لما روى أن حفصة ابتاعت حليا بعشرين ألفا، فحبسته على نساء آل الخطاب، فكانت لا تخرج زكاته[4] .

---

(١) الكافي في فقه أحمد بن حنبل ج٢ (كتاب الوقف/ ٢٩٧، المغني ج٥/ ٦٤٥) .
(٢) بدائع الصنائع ج٦ . كتاب الوقف/ ٢٢٠ .
(٣) المدونة ج٦ كتاب الحبس/ ٩٨ .
(٤) المغني ج٥/ ٦٤٠ .

٢- من شروط الموقوف - عند محمد - أن يكون محبوسا، فلا يجوز وقف المشاع..

وعند أبي يوسف أنه يجوز وقف المشاع..

وحجة محمد فى عدم جواز وقف المشاع أن التسليم شرط الجواز، وأن الشيوع يخل بالقبض، حيث تكون العين المراد وقفها تحت أكثر من يد، فلو سلمها أحدهم لم يقبل أن يسلمها الآخر..

وقد أجاز أبو يوسف وقف المشاع لأن التسليم ليس عنده بشرط أصلا، فلا يكون الخلل فيه مانعا.

وقد روى عن عمر أنه ملك مائة سهم بخيبر، فقال له رسول الله ﷺ: أحبس أصلها.

وهذا دليل على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف[١].

كما حكى جواز وقف المشاع عن مالك والشافعى، لأن الوقف عقد يجوز على بعض الجملة مفرزا، فيجوز عليه مشاعا، ولأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة وهذا يحصل فى المشاع كحصوله فى المفرز[٢]، كما لا يجوز اعتبار القبض فى الوقف، لأنه اذا كان معتبرا فى البيع كان معتبرا فى الوقف.

على أن الفقهاء الذين يجيزون وقف المشاع يتفقون مع الفقهاء الذين لا يجيزونه فى القول بعدم جواز وقف المسجد والمقبرة إلا بعد القسمة.

فإن المسجد يقتضى الخلوص لله تعالى، وذلك لا يتم مع الشيوع، وكذلك المقبرة لا يتم تحقق كونها مقبرة مخصصة لهذا النوع من حاجات المسلمين إلا بالإفراز[٣].

وقد جاء فى (المغنى) لابن قدامة أنه إذا وقف داره على جهتين مختلفتين

---

(١) البدائع ج٦/ ٢٢٠.
(٢) المغنى ج٥/ ٦٤٢.
(٣) محاضرات فى الوقف. أبو زهرة/ ١٠٧.

مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين نصفين أو أثلاثا أو كيفما كان جاز، لأنه إذا جاز وقف الجزء منفردا جاز وقف الجزءين.

وإن أطلق الوقف فقال: أوقفت دارى هذه على أولادى وعلى المساكين فهى بينهما نصفين؛ لأن إطلاق الإضافة إليهما تقتضى التسوية بين الجهتين، ولا تتحقق التسوية إلا بالتنصيف[١].

● وقف المشاع فى القانون:

أجاز القانون وقف المشاع الذى يقبل القسمة بإطلاق، أما مالا يقبل القسمة فلا يجوز وقفه إلا فى حالات ثلاث:

الأولى: توجيه النصيب الآخر من العين المملوكة إلى نفس الجهة التى أريد وقف النصيب الأول من الحصة الشائعة عليها. فإذا كان قد وقف جزءا من ملكية شائعة على مستشفى لشراء أدوية، ثم بدا له أن يقف جزءا آخر على المستشفى نفسه لمكافأة الأطباء..

أو إذا وقف حصة من العقار غير القابل للقسمة على عمارة مسجد، ثم أراد أن يقف حصة أخرى على نفس المسجد لمصلحة إقامة الشعائر.. فهذا جائز.

الثانية: أن تكون الحصة الأخرى من المشاع مخصصة لخدمة عقار موقوف، وكانت الحصة الأولى موقوفة لخدمة عقار آخر، فليست الجهتان الموقوف عليهما متحدتين فى المصرف.. فالشركة فى عين العقار الموقوف قد تؤدى إلى النزاع، أما الشركة فى المرافق المخصصة لخدمة العقار فلا تؤدى إلى مثل هذا النزاع فى عين العقار.

الثالثة: الأسهم والحصص فى الشركات وإن كانت تدل على ملكية شائعة لا تقبل القسمة، فإن الشيوع فيها لا يؤدى إلى النزاع ومن هنا فإنه يجوز وقفها، وبيعها، وشراؤها كأى سلعة، ولا يلتفت فيها عند البيع والشراء إلى كونها حصصا شائعة إلا بقدر مركز الشركة المالى والاستغلالى، وقوة ميزانيتها[٢].

(١) المغنى ج٥/ ٦٤٤.

(٢) القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦. انظر: محاضرات فى الوقف/ ١٠٧.

ولقد كانت هذه الحالات الثلاث استدراكا على ما جاء فى مشروع القانون القديم الذى كان يمنع وقف المشاع على الإطلاق، سواء أكان مما يقبل القسمة أم لا يقبلها . . وهذا نص المذكرة التي صحبت هذا المشروع.

دلت الحوادث على أن الشيوع بين وقفين، أو وقف وملك كثيرا ما يعطل مصالح الوقف، فقد وجد أن الناظرين أو الناظر والمالك لا يتفقان على العمارة، بينما تكون أعيان الوقف فى حاجة إليها، وأحيانا يستبد المالكون الذين يسكنون أعيان الوقف، فيصرفون جميع الأجرة أو أكثرها فى العمارة لمصلحتهم، وغير ذلك كثير من أنواع الضرر الناتج من الشركة، والقسمة قبل الوقف أسهل منها بعده، فقد لايجد الناظر ما يكفى لمصاريف قضية القسمة، أو لا يهتم بالقسمة . . .

لذلك رؤى الأخذ بمذهب مالك فى عدم جواز وقف المشاع الذى لا يحتمل القسمة، وبمذهب محمد فى عدم جواز وقف المشاع الذى يحتمل القسمة[1].

٣- من شروط الموقوف أن يكون ملكا للواقف، وقد اتفق الفقهاء على أن الوقف لا يكون إلا فى عين مملوكة لصاحبها، فإذا لم يكن مالكا لها، فلا أقل من أن يملك حق التصرف فيها بتوكيل أو إنابة أو غير ذلك لأنه إذا لم يكن يملك العين المراد وقفها، ولا يملك حق التصرف، فإنه لا يملك وقفها، كما أن صيغة الوقف - حينئذ - لا ينعقد بها عقد، ولا تأخذ حيز التنفيذ.

ومن الأحكام المتعلقة بالملك أن الملاّك يختصون بأملاكهم، ولا يحق لأحد أن يزاحمهم فيها.

وقد قال ابن تيمية: الرجل أحق بماله من ولده ووالده والناس أجمعين[2].

---

(١) المرجع السابق.
(٢) مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٨٩. ط. الرياض.

وإذا كانت الملكية التامة شرطا فى وقف العين التى يراد وقفها، فإن هذه الملكية تعنى ملكية التصرف فى الرقبة بالبيع أو الهبة أو الوقف أو غير ذلك من سائر التصرفات. ومالك الرقبة يملك حق التصرف فيها وفى منافعها بالإعارة أو بالإجارة والانتفاع.

كما يملك نقل هذ الحق إلى غيره بالوكالة أو الإنابة أو الوصية وإذا كان الملك التام يستتبع جميع التصرفات، فإن الملك الناقص لا يستتبع ذلك.

فقد يكون هذا الملك ملكا للرقبة فقط دون المنفعة، وقد يكون ملكا للمنفعة دون الرقبة..

ومن هنا كان الأصل هو الملك التام، وكان الملك الناقص خلاف الأصل.

وبناء على ذلك كان ملك الرقبة دون ملك منفعتها ناقصا، كأن يوصى بمنفعة عين لشخص، أو أن يوصى بالرقبة لشخص وبمنفعتها لآخر(١).

ومن هذا الملك الناقص ملك المنفعة دون العين، وقد يكون ملكا مؤبدا، حيث يندرج تحته صور منها: الوصية بالمنافع، ومنها الوقف، فإن منافعه وثمراته مملوكة للموقوف عليه(٢).

والوقف من الصور التى تدخل فى ملك الانتفاع.

فإذا وقف شخص وقفا على أن يسكن، فظاهر ذلك يقتضى أن الواقف إنما ملّك الموقوف عليه الانتفاع بالسكنى دون المنفعة، فليس له أن يؤاجر غيره ولا أن يسكّنه(٣) وإذا كان يشترط فى صحة نفاذ عقد الوقف أن تكون العين المراد وقفها ملكا للواقف ملكية تامة..

فإننا نلخص الفروق الجوهرية بين الملكية التامة والملكية الناقصة فى التصرفات على النحو التالى:

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم/ ٣٥١.
(٢) القواعد لابن رجب الحنبلى/ ٢٠٨.
(٣) الفروق للقرافى ١/ ١٨٧.

١- لصاحب الملكية التامة الحق فى إنشاء جميع التصرفات المشروعة كالعقود الناقلة للمكلية من بيع وهبة وإبراء وغير ذلك.

فى الوقت الذى لا يملك صاحب الملك الناقص هذه الحقوق أو التصرفات، لأنه مقيد فى حدود الانتفاع بالمنفعة فقط دون الرقبة.

٢- الملك القام ملك مؤبد لا يجوز تأقيته بمدة معينة، فلا يجوز مثلا أن يبيع الإنسان عينا لمدة سنة أو سنتين، إلا إذا كان يقصد بالبيع الإجازة.

وتكون العبرة - كما يقول الحنفية - «بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى».

ومن هنا اشترط التأبيد فى الوقف، لأنه صادر عن ملكية تامة لا ملكية ناقصة.

فإن العقود الواردة على هذه الملكية الناقصة قابلة للتقييد بالزمان والمكان ونوع الانتفاع، وذلك مثل الإجارة والإعارة ونحوها(١).

وقد ذكروا أن أسباب الملك التام - بوجه عام - تجتمع فى ثمانية هى: الميراث، المعاوضات، الهبات، الغنيمة، الإحياء، الصدقات، الوصايا... الوقف.

وفيما يتعلق ببيع نفس الحبس وإيقاف ثمنه إلى أن يهيىء الله بنيان ما خرب ويستعان به فى ذلك قال ابن عمر:

أصاب عمر - رضى الله عنه - أرضا بخيبر، فأتى النبى ﷺ يستأمره فيها، فقال له رسول الله ﷺ: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها»، وفى رواية للبخارى: تصدق بأصلها لا يباع ولا يوهب ولكن ينفق ثمره.

ولقد أفادت رواية البخارى أن كونه لا يباع ولا يوهب من كلامه ﷺ وأن هذا شأن الوقف.

وهو يدفع قول أبى حنيفة بجواز بيع الوقف.

---

(١) ابن عابدين ج٥ /٣، الشرح الكبير مع الدسوقى ٤ /٢.

وقد قال أبو يوسف: إنه لو بلغ أبا حنيفة هذا الحديث لقال به ورجع عن بيع الوقف[1].

ولعله يفيدنا في هذا المجال ما روى عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت: دخل عليّ شيبة الحجبى فقال: يا أم المؤمنين. إن ثياب الكعبة تجتمع عندنا فتكثر، فننزع، ونحفر أبيارا فنعمقها وندفنها لكي لا تلبسها الحائض والجنب. قالت: بئسما صنعت، ولكن بعها، فأجعل ثمنها في سبيل الله وفي المساكين، فإنها إذا نزعت عنها لم يضر من لبسها من حائض أو جنب[2].

ويروى أن عمر كان ينزع كسوة البيت كل سنة فيقسمها على الحاج.

وقد قال بعض الفقهاء: إن ما فضل من حصر المسجد وزينته ولم يحتج إليه جاز أن يجعل في مسجد آخر، أو يتصدق به من ذلك على فقراء جيرانه وغيرهم، وكذلك إن فضل شيء من نقضه، وقال أحمد في مسجد بمُنى فبقى من خشبه أو قصبه أو شيء من نقضه: يُعان به في مسجد آخر، أو يبيعه فيتم المسجد للمسجد[3].

● صور تطبيقية لوقف العين المملوكة:

١- إذا باع رجل عقارا مملوكا له، ثم اشترط على المشترى أن يكون له حق فسخ البيع في مدة معينة، فإنه إذا وقف هذا العقار يكون وقفه صحيحا، لأن البيع لم يصبح باتًا بهذا الشرط الذى اشترطه، ولم يخرج المبيع من ملكه بعد وحينئذ يكون الوقف اللاحق فسخا للبيع السابق عليه.

٢- في الصورة السابقة من البيع لا يجوز للمشترى أن يقف هذا العقار، لأن الملكية لم تنتقل إليه نقلا باتًا، ولا تنتقل هذه الملكية إليه إلا بعد انقضاء مدة الخيار التى اشترطها البائع لنفسه.

---

(١) سبل السلام ج٣. باب الوقف/ ٩٣٦.
(٢) فتح البارى ج٢/ ٣٦٥.
(٣) البحر الرائق ج٥/ ٢٥١.

فإذا انتهت هذه المدة، فإن الملكية تنتقل نهائيا إلى المشترى، فيصير مالكا، ويصبح وقفه للعين وقفا صحيحا.

٣- إذا تم البيع صحيحا نافذا، وكان المشترى هو صاحب الخيار، فإن وقفه يقع صحيحا نافذا، لأنه أصبح مالكا بمجرد عقد البيع، ولا يعد اشتراطه معطلا لملكيته، كما أن إقدامه على وقف العين التى اشتراها يعد إزالة لحق الفسخ الذى كان له..

وهنا تنعكس الصورة فلا يكون للبائع حق وقف العين التى باعها، فى الوقت الذى يتقرر فيه حق المشترى فى هذه العين التى اشتراها نهائيا.

٤- الغاصب الذى اغتصب أرضا أو أى عقار آخر لا يكون له الحق فى وقفه، لأن الغصب لا يعد سببا من أسباب التمليك، ويكون الوقف قد وقع ممن لا يملك حق الوقف.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يتصور غصب العقار من الأراضى والدور ويجب ضمانها على غاصبها استدلالا بقوله ﷺ: «من ظلم قيد شبر من الأرض طوّقه من سبع أرضيه»[١].

وقد ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن الغصب لا يتحقق إلا فيما ينقل ويتحول لأن حقيقة الغصب لا يتحقق إلا فى المنقول دون غيره، أما العقار فلا يمكن نقله أو تحويله.

ومن الآثار المترتبة على الغصب إلزام الغاصب برد المغصوب لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»[٢].

كما لا تسرى تصرفات الغاصب ولا تكتسب صفة الصحة أو النفاذ والأصل أن المالك يصير مستردا للمغصوب بإثبات يده عليه، فإذا أثبت يده عليه فقد أعاده إلى ملكيته، وزالت يد الغاصب عنه[٣].

---

(١) فتح البارى ٥/ ١٠٣، ١٠٥ - مسلم ٣/ ١٢٣٢.
(٢) الترمذى ٣/ ٥٥٧.
(٣) بدائع الصنائع ٧/ ١٥٠.

٥- الفضولى الذى لا يملك ا لعين التى وقفها يصير وقفه معلقا موقوفا على إجازة المالك الحقيقى للعين، فإذا أجاز تصرف الفضولى جاز الوقف، وإلا لم يجز وهذا يقرر حكما فى تصرف الفضولى، فهذا التصرف يحتمل النفاذ بالإجازة، كما يحتمل البطلان بعدمها.

وذلك راجع إلى القول بأن من باع ملك غيره فإن للمالك أن يفسخ البيع. ومعنى هذا أن صيغة الوقف إذا صدرت ممن لا يملك فإنها تتوقف على إجازة المالك.

وبناء على ذلك فإن الواقف إذا لم يكن مالكا للعين التى يراد وقفها، فإن للمالك الحقيقى أن يبطل الوقف وأن يجيزه[١].

هذا وقد اختلف الفقهاء فى حكم وقف الفضولى لمال غيره على قولين:

القول الأول: للمالكية والحنابلة والشافعى فى أحد قوليه على أن وقف الفضولى باطل، سواء أجازه المالك أم لم يجزه[٢].

القول الثانى: للحنفية، وهو قول عند المالكية أن وقف الفضولى صحيح، غير أنه يكون موقوفا على إجازة المالك، فإن أجازه نفذ، وإن رده بطل[٣].

هل تزول يد الواقف عن الموقوف؟

إذا وقف شخص عينا وسبّل ثمرتها، فهل يشترط خروجها من يده، أم يمكن أن تظل تحت يده مادامت ثمرتها قد حبست على جهة البر المستفيدة من هذا الوقف.

وللفقهاء فى مدى اشتراط القبض هذه الاتجاهات:

الاتجاه الأول: أن الوقف لا يقتضى القبض، بل يمكن أن يتم بدون القبض.

وذلك لأن رسول الله ﷺ قد أمر عمر بن الخطاب أن يسبّل ثمرة أرضه ويحبس أصلها..

(١) انظر: محاضرات فى الوقف، لفضيلة الشيخ محمد ابو زهرة/ ١١١ - ١١٢.
(٢) الخرشى ج٧/ ٧٩، مغنى المحتاج ج٢/ ١٥، كشاف القناع ج٢/ ٢٧٩.
(٣) البحر الرائق ج٥/ ٢٠٣، حاشية الدسوقى ج٤/ ٨٨، مغنى المحتاج ج٢/ ١٥.

والمقصود بحبس أصلها أن يحتفظ بالأرض نفسها.. ولم يأمره الرسول ﷺ أن يخرجها من يده إلى يد أحد يحوزها دونه وذلك دليل على أن الوقف يتم بحبس الأصل وتسبيل الثمرة دون اشتراط قبض، ولو كان القبض شرطا لأمره به..

ولقد روى أن عمر تولى وقفه حتى مات، وجعلها بعده إلى حفصة، وأن عليا تولى الوقف حتى مات، ثم وليها من بعده ولده الحسين، وأن فاطمة بنت رسول الله ﷺ وليت صدقتها حتى ماتت..

وذلك لأن الرجل إذا وقف أرضه أو داره فقد ملّك منافعها للموقوف عليه، ولم يملّك رقبتها.

ولأننا أيضا لو أوجبنا القبض فى الوقف فإن القابض يقبض ما لم يملكه، فيكون قبضه وعدم قبضه سواء[1].

الاتجاه الثانى: يشترط هذا الاتجاه قبض الموقوف وخروجه من يد الواقف حتى يتم الوقف ويكون لازما..

ويتمثل القبض هنا فى تعيين ولىّ على الوقف وتسليمه العين الموقوفة..

ويختلف القبض باختلاف طبيعة العين الموقوفة، فقبض المسجد مثلا أن يخليه ويصلى الناس فيه، وقبض المقبرة بدفن شخص واحد فيها فما فوق..

وقد استدلوا على ذلك بأن الوقف تصدق بالمنافع والهبات والصدقات لا تلزم إلا بالقبض، فينبغى أن يشترط القبض للزومه.

فالوقف - إذن فى هذا الاتجاه - يزيل ملك الواقف، ولا يحصل إلا بإخراجه عن يده. لأنه تبرع، فلم يلزم بمجرده، فهو يمنع البيع والهبة والميراث[2]. أى أنه يمنع التصرف فى الرقبة والمنفعة، فيترتب عليه زوال الملك.

وقد روى عن أحمد بن حنبل أن الوقف لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الواقف له عن يده.

---

(١) انظر: الأم ج٣/ ٢٨١، بدائع الصنائع ج٦/ ٢١٩، المغنى ج٥/ ٥٤٧.

(٢) الكافى. لابن قدامة المقدسى ج٢/ ٣٠٠.

وقال: الوقف المعروف أن يخرجه من يده إلى غيره ويوكل فيه من يقوم بـه[1].

الاتجاه الثالث: يضيف هذا الاتجاه إلى اشتراط القبض بعدا آخر، وهو أنه إذا كان يشترط القبض لتمام الوقف فإن الواقف إذا مات أو مرض أو أفلس قبل قبض الموقوف بطل الوقف[2].

وعند الشافعي والحنفية أن الوقف يخرج من ملك الواقف إلى غير مالك من العباد، بل تكون الملكية على حكم ملك الله تعالى.

وقد قال ابن حزم: (إن الحبس ليس إخراجا إلى غير مالك، بل إخراج إلى أجلّ المالكين وهو الله سبحانه وتعالى)[3].

وحجته في ذلك أن التصدق بالأصل يقتضي خروجه عن ملك الواقف، ولا يمكن إدخاله في ملك أحد من العباد، لذلك فإن الرقبة تخرج من ملك صاحبها إلى غير مالك من العباد، ولما كان ذلك الخروج إنما هو على وجه الصدقة، وهي لايراد بها إلا وجه الله تعالى، كان الملك لله سبحانه.

والظاهر من اتجاه المالكية جواز الاحتفاظ بعين الموقوف في يد الواقف حتى يموت.

فقد سئل مالك: أرأيت إن حبس رجل حائطه (بستانه) على المساكين في مرضه ولم يخرج من يديه حتى مات أيجوز ذلك؟

قال: نعم إذا كان الثلث يحمله لأن هذه وصية، كأنه قال: إذا مت فحائطي على المساكين حبس عليهم تجرى عليهم غلتها.

ولأن كل فعل في مرضه ليس يحتاج فيه إلى أن يقبض من يديه، ولأنه لو

---

(١) المغني لابن قدامة ج٥/ ٦٠٠.

(٢) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ج٢/ ٢٠٣.

(٣) المحلى ج٩/ ١٧٨.

قبض من يديه كان موقوفا لا يجوز لمن قبضه أكل غلته إن كانت له، ولا أكله إن كان مما يؤكل حتى يموت.

هذا إذا كان الواقف فى حال مرضه، أما إن كان فى حال صحته فإن ذلك لا يجوز، لأن هذا فى غير وصية، فلا يجوز إلا أن يخرجها من يديه قبل أن يموت، أو يوصى بإنفاذها فى مرضه فتكون من الثلث[1].

● **موقف القانون:**

القانون المصرى الذى نظم الوقف هو القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ولم ينص هذا القانون على الملكية لمن تكون فى الوقف بكل أنواعه، ولكنه جعلها أحيانا تئول للواقف ولورثته، وجعلها أحيانا أخرى تنتهى إلى الموقوف عليهم..

وتقضى المادة (١٦) بما يأتى:

(ينتهى الوقف المؤقت بانتهاء المدة المعينة، أو بانقراض الموقوف عليهم، وكذلك ينتهى فى كل حصة منه بإنقراض أهلها قبل انتهاء المدة المعينة، أو قبل انقراض الطبقة التى ينتهى بانقراضها، وذلك ما لم يدل كتاب الوقف على عودة الحصة إلى الموقوف عليهم أو بعضهم، فإن الوقف فى هذه الحال لاينتهى بانقراض هذا الباقى أوبانتهاء المدة).

* * *

---

(١) انظر المدونة ج٦/ ١٠٨.

المبحث الثالث

أحكام الموقوف عليه

الموقوف عليه هو الجهة المستفيدة من الوقف سواء أكانت هذه الجهة فردا أم جماعات أم هيئات لها صفة الاستقلال، وصالحة لجريان ثمرات الوقف عليها.

والموقوف عليه هو الركن الثالث من أركان الوقف، ويشترط فى هذا الركن أن يكون موجودا فى الحال، فلا يصح الوقف إلا على من يعرف كوالده وأقاربه ورجل معين، فإذا كان معينا فيشترط إمكان تمليكه فى حال الوقف عليه بوجوده فى الخارج.

ومن ثم فلا يصح الوقف على ولده الذى لم يوجد بعد، ولا يصح الوقف على فقراء أولاده فى الوقت الذى لا يوجد فيهم فقراء.

فإن وجد فيهم فقراء وأغنياء صح الوقف، وصرف إلى الفقراء منهم كما لا يصح الوقف على جنين لعدم صحة تملكه.

وسواء أكان هذا الجنين مقصودا أم تابعا حتى لو كان له أولاد وله جنين عند الوقف لم يدخل فى الموقوف عليهم، لأنه لا يصح منه التملك.

والميت – من باب أولى – لا يصح الوقف عليه لأنه لا يملك، كما يشترط فى الموقوف عليه – بعد اشتراط وجوده الفعلى – أن يكون فرعا لا ينقطع سواء أظهر فيه جهة قربة كالوقف على الفقراء والعلماء والمجاهدين والمساجد، أم لم تظهر فيه هذه الجهة كالوقف على الأغنياء وغيرهم.

فلو وقف شخص على الأغنياء وادعى شخص أنه غنى لينال من هذا لوقف لم تقبل دعواه إلا ببينة.

أما لو وقف على الفقراء فادعى شخص أنه فقير ولم يعرف له مال، فإن دعواه تقبل بغير بينة نظرا للأصل منهما.

ومن شروط الموقوف عليه – إلى جانب الشرطين السابقين، أن لا يكون مما يحظر الوقف عليه.

فإذا وقف مسلم عينا على عمارة بيت من بيوت عبادة غير المسلمين، أو على نشر كتب إلحادية تتناقض أفكارها مع مبادىء الإسلام، أو على شراء أسلحة لدولة معادية للمسلمين.. الخ.. فلا يصح الوقف فى هذه الصور كلها[١] لأنه إعانة على معصية.

ولأن الوقف أساسا قربة من القربات لا تتحقق إلا بتوجيهها إلى الطاعات لا إلى المعاصى.

ومن ثم فإن الموقوف عليه يجب أن يكون جهة من جهات البر كبناء المساجد والقناطر وكتب العلم والقرآن، وسبيل الله.

أما إذا كان الوقف على غير معين كرجل ما، أو امرأة ما فإنه لا يصح.

لأن الوقف تمليك للعين أو للمنفعة فلا يصح على غير معين كالبيع والإجارة.

أما وقف الإنسان على المساكين والمساجد ونحوها، وعلى من لا يمكن حصرهم واستيعابهم، فقد يعود توجيه هذا الوقف إلى الحاكم أو من ينوب عنه، لأن هذه الجهات الشائعة ليس لها مالك متعين ينظر فيها.

وللحاكم أن يستنيب من يراه للنظر فى هذا الوقف حيث لا يمكنه النظر بنفسه[٢]، وقد جاز الوقف على المساجد مع أنها لا تملك لأن الوقف إنما هو على المسلمين، لكن عين نفعا خاصا لهم[٣].

ومن صور الوقف على غير معين وإن أمكن تصريفه وتحديده، أن يقف

---

(١) الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ج١/ ٨٢.
(٢) المغنى لابن قدامة ج٥/ ٦٤٧.
(٣) الكافي فى الفقه على مذهب الإمام ابن حنبل. لابن قدامة المقدسى ج٢/ ٢٩٧.

الإنسان بعض ما يملك على سبيل الله وابن السبيل والغارمين الذين يستحقون السهم من الصدقات فهو لا يعدوهم إلى غيرهم.

لأن المطلق من كلام الإنسان محمول على المعهود فى الشرع، فينظر من كان يستحق السهم من الصدقات فينصرف إليهم من الوقف مثل القدر الذى يعطى من الزكاة.

وقد فسر البعض الوقف «فى سبيل الله» على الغزو والجهاد فى سبيل الله، ومن ثم يصرف الوقف على الغزاة وإن كانوا أغنياء[1].

ونرى أن اصطلاح «فى سبيل الله» يتسع لأكثر من الغزو والجهاد، فيمتد إلى كل ما هو طاعة وقربة إلى الله كطلب العلم وإن لم يكن غزوا ولا جهادا.

فيصرف الوقف إلى كل ما فيه أجر ومثوبة وخير لأن اللفظ عام فى ذلك.

وقال البعض إنه إذا وقف على سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير، فإن الوقف يجزّأ ثلاثة أجزاء: فجزء يصرف إلى الغزاة، وجزء يصرف إلى أقرب الناس إليه من الفقراء لأنهم أكثر الجهات ثوابا، فإن النبى ﷺ قال: «صدقتك على ذى القرابة صدقة وصلة».

والثالث يصرف إلى من يأخذ الزكاة لحاجته كالفقراء والمساكين والغارمين، لأن هؤلاء أهل حاجة منصوص عليهم فى القرآن فكان من نص الله تعالى عليه فى كتابه أولى من غيره.

والحقيقة أن هذا تفصيل وتخصيص مع أن لفظ الواقف عام لا يحتمل هذا التخصيص.

فإذا أوصى الإنسان فى أبواب البر صرف الوقف فى كل ما فيه برّ وقربة.

- **انقطاع الجهة الموقوف عليها:**

ذكرنا أن الوقف لا يكون إلا على سبيل غير منقطع كالفقراء والمساكين وطلبة العلم والمساجد أو على رجل بعينه، ثم على ما لا ينقطع.

---

(١) المغنى (السابق).

فإن حدد الواقف وقفه على رجل معين وسكت صح ذلك، وكان الوقف مؤبدا، لأن مقتضى الوقف التأبيد، فحمل فيما سماه على ما شرطه، وفيما سكت عنه إلى مقتضاه، ويصير كأنه وقف مؤبد، أو يقدم الموقوف عليه المسمى على غيره، فإذا انقرض المسمى صرف إلى أقارب الواقف، لأنهم أحق الناس بصدقته.

يقول رسول الله ﷺ: «صدقتك على غير رحمك صدقة، وصدقتك على رحمك صدقة وصلة».

وقد يصرف الوقف بعد انقراض الموقوف عليه المسمى إلى المساكين؛ لأنهم جزء من مصارف الصدقات المفروضة فى قوله تعالى: ﴿ **إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ...** ﴾ وإذا صرف الوقف إلى أقارب الواقف، فإنه يستوى فى ذلك الفقراء منهم والأغنياء، وإن كان الفقراء منهم أولى لأنهم من أحد مصارف الصدقات المذكورين فى الآية[1].

● الوقف على الأولاد وعلى الأقارب:

حيث كان الوقف صلة للأقرباء وعونا للفقراء والمساكين، فلقد اتفق جمهور الفقهاء على جواز الوقف على الورثة أو على بعضهم، وعلى جواز الوقف على بعض الأقارب وحرمان بعضهم الآخر وقد استدلوا على ذلك بما يأتى[2]:

١- أن عمر بن الخطاب جعل وقفه (فى الفقراء وذوى القربى وفى الرقاب وفى سبيل الله وابن السبيل).

فكان ممن أوصى بالوقف عليهم (ذوو القربى) وهم أقاربه سواء أكانوا فقراء أم أغنياء.

(١) انظر الكافى فى الفقة. موفق الدين بن قدامة المقدسى ج٢/ ٢٩٨.
(٢) انظر تفصيل ذلك فى (محاضرات فى الوقف) لأبى زهرة/ ١٩٥ وما بعدها.

٢- أن الزبير بن العوام قد تصدق بدوره على ذريته، فجعل لبناته حق السكنى فيها إذا خرجت إحداهن من بيت الزوجية مطلقة أو مردودة إلى أهلها.

وهناك رواية أصرح في أنه جعل الوقف من أول الأمر على بنيه وهم ورثته الأقربون.

٣- وقد جاء في (فتح البارى)[1] أن النبي ﷺ قال لأبي طلحة: «اجعله لفقراء، أقاربك»، فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبني عمه.

وقد قال أبو حنيفة في الأقارب إنهم كل ذي رحم محرم من قبل الأب أو الأم، ولكن يبدأ بقرابة الأب قبل الأم.

وقالت الشافعية: القريب من اجتمع في النسب سواء أقرب أم بعد، مسلما كان أو كافراً، غنيا كان أو فقيرا.

وكذلك قال أحمد بن حنبل، إلا أنه أخرج الكافر من جواز الوقف عليه بينما حصر مالك القرابة في العصبة سواء أكان يرثه أم لا. ويبدأ بالفقراء حتى يغنوا، ثم يعطي الأغنياء[2].

وهذا دليل على صحة الوقف على الورثة، وعلى أنهم أولى من غيرهم.

ولقد قال ابن عباس (لما نزلت «وأنذر عشيرتك الأقربين» جعل النبي ﷺ ينادي: يا بني عديّ، لبطون قريش» أي كأنهم عشيرته الأقربون.

٤- وقف كثير من الصحابة أوقافهم على أولادهم وأقاربهم، فوقف أبو بكر دورا، فكان يسكنها من حضر من ولده وولد ولده ونسله.

وتصدق عثمان بماله في خيبر على ابنه، وحبس زيد بن ثابت داره على ولده وولد ولده.

---

(١) باب (إذا وقف أو أوصى لأقاربه.. ومن الأقارب)؟

(٢) فتح البارى بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ج٥. كتاب الوصايا/ ٤٤٦.

وقد اقتفى أثرهم من جاء من بعدهم من التابعين، فقد روى أن رجلا ذهب إلى عمر بن عبد العزيز فقال له: يا أمير المؤمنين إن أبا بكر وعمر كانا يقولان لا تجوز الصدقة ولا تحل حتى تقبض، فرد عليه عمر: إن الذين قضوا بما تقول هم الذين حبسوا العقار والأرضين على أولادهم وأولاد أولادهم.

وقد ذهب أبو يوسف إلى جواز ذلك خلافا لمحمد وللشافعي، حيث يريان أن الوقف تبرع على وجه التمليك بطريق التقرب إلى الله، فاشتراطه الكل أو البعض لنفسه أو لأولاد الصغار ببطله لأن التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة بشرط أن يكون بعضه له[1].

كما قال أبو حنيفة في رجل حبس دارا له على أصغر أولاده وعلى عقبه من بعده لا يباع ولا يوهب، وذلك في مرضه، فلم يجز الورثة ذلك أن هذا باطل، وهي ميراث بين ورثة الميت.

وقال أهل المدينة: تكون حبسا على جميع ورثته من الثلث على قدر مواريثهم، ومن هلك من الورثة قبل هلاك الابن الأصغر الذى جعلت حبسا على عقبه من بعده، فكان ورثته مكانه على قدر مواريثهم[2].

وعن أنس أن أبا طلحة قال: يا رسول الله: إن الله يقول: ﴿ **لَن تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ** ﴾ [آل عمران ٩٢].

وإن أحبّ أموالى إلىّ بيرحاء (وهى الأرض الظاهرة المنكشفة) وأنها صدقة لله أرجو برها وذخرها عند الله، فضعها يا رسول الله حيث أراك الله، فقال: بخ.. بخ، ذلك مال رابح، وأرى أن تجعلها فى الأقربين.

وقد اختلف العلماء فى الأقارب، فقال أبو حنيفة: القرابة كل ذى رحم محرم من قبل الأب أو الأم، ولكن يبدأ بقراية الأب قبل الأم.

---

(١) فتح القدير ج٥/ ٤٣٨.

(٢) كتاب الحجة على أهل المدينة - لمحمد بن الحسن الشيبانى ج٣. كتاب الحبس/ ٥٢، ٥٣.

وقالت الشافعية: القريب من اجتمع في النسب سواء قرب أم بعد[1].

● الوقف على الأولاد ذكورا وإناثا:

إذا قال: أرضي هذه موقوفة على ولدي وكانت غلة هذه الأرض لولد من صلبه سواء أكانوا ذكورا أم إناثا، لأن اسم الولد مأخوذ من الولادة وهي موجودة في الذكور والإناث. إلا إذا قيد هذا الوقف بالذكور فقط، فإنه لا يدخل فيه الإناث. وإذا تم هذا القيد بالذكور فإن غلة الوقف تصرف إليهم ماداموا موجودين، فإذا انقطعوا صرفت الغلة للفقراء لا لأولاد الأولاد لانقطاع الموقوف عليه.

ولا يدخل في هؤلاء الأولاد الموقوف عليهم أولاد البنات، لأن هؤلاء ينسبون إلى آبائهم لا إلى آباء أمهاتهم.

وإن كان الإمام السرخسي (من الحنفية) يرى أن ولد الولد اسم لمن ولده ولده، واسم لمن ولدته ابنته[2].

ولقد سئل أحمد بن حنبل عن رجل وقف ضيعة على ولده، فمات الأولاد وتركوا النسوة حوامل؟

فقال: كل ما كان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين فالضيعة موقوفة عليهم.

وما كان من أولاد البنات، فليس لهم فيه شيء؛ لأنهم من رجل آخر.

ووجه ذلك أن الله تعالى قال: ﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ** ﴾ فدخل فيه ولد البنين، ولما قال: ﴿ **وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ** ﴾ فتناول ولد البنين.

وكذلك كل موضع ذكر الله تعالى الولد دخل فيه ولد البنين.

(فالمطلق من كلام الآدمي إذا خلا عن قرينة ينبغي أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به)[3].

---

(١) نيل الأوطار ج٧. كتاب الوقف ١٥٤ - ١٥٦.

(٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام. منلا خسرو الحنفي ج٢/ ١٤٠.

(٣) المغني لابن قدامة ج٥/ ٦٠٨ - ٦٠٩.

وقال الإمام مالك: إذا قال الرجل: هذه الدار حبس على ولدى فهى لولده وولد ولده، وليس لولد البنات شىء، فقد قال الله تعالى: ﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ** ﴾ فاجتمع الناس أنه لا يقسم لولد البنات شىء من الميراث إذا لم يكن له بنات من صلبه[1].

● الاتجاه إلى إخراج الإناث من الوقف:

يتجه البعض إلى حرمان الإناث من الميراث الشرعى، وهذا تعدّ على حد من حدود الله، إذ جاء في القرآن الكريم بعد بيان توزيع أنصبة الورثة في الميراث قوله تعالى: ﴿ **تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ** ﴾ إلي قوله تعالي ﴿ .. **وَمَن يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُّهِينٌ** ﴾ [النساء: ١٣].

ولكن الاتجاه إلى حرمان الإناث من الوقف ليس على هذه الدرجة من الحسم، فقد قال بعض الفقهاء بحق الواقف فى إدخال من شاء فى الوقف وإخراج من شاء..

فهو إذا عين ناظرا على وقفه وشرط لهذا الناظر أن يعطى من يشاء من أهل الوقف ويحرم من يشاء جاز.

لأن ذلك ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف، وإنما علق استحقاق الوقف بصفة، فكأنه جعل له حقا فى الوقف إذا اتصف بإرادة الولى لعطيته ولم يجعل له حقا إذا انتفت تلك الصفة.

(فأشبه ما لو وقف على المشتغلين من ولده فإنه يستحق منهم من اشتغل به دون من لم يشتغل، فلو ترك المشتغل الاشتغال زال الاستحقاق، وإذا عاد إليه عاد استحقاقه)[2].

وفى اتجاه للحنابلة أنه إن قال أحدهم: وقفت على أولادى دخل فيهم الذكر والأنثى؛ لأن الجميع أولاد.

---

(١) المدونة الكبرى للإمام مالك. المجلد السادس. كتاب الحبس/ ١٠٣.

(٢) المغنى ج٥/ ٦٠٧.

وإن وقف على بنيه فقط لم يدخل فيهم البنات، كما إنه إن وقف على بناته لم يدخل فى هذا الوقف ذكر.

وكذلك إذا وقف على (بنى) فلان أو بناته فهو كوقفه على ولد نفسه وبنيه وبناته[1].

كما أوصى بعض الواقفين بتمتع بناته من ثمرات الوقف فى حال دون حال:

فقد قال الزبير بن العوام فى صدقته على بنيه إن للمردودة من بناته (أى العائدة من بيت روجها إلى بيت أبيها) أن تسكن غير مضرّة ولا مضارّ بها.

وقد استنكرت عائشة رضى الله عنها حرمان الإناث من الوقف وإخراج آبائهن لهن بقولها:

(ما وجدت للناس مثلا اليوم فى صدقاتهم إلا ما قال الله ﴿ **وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَٰذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰ أَزْوَاجِنَا وَإِن يَكُن مَّيْتَةً فَهُمْ فِيهِ شُرَكَاءُ** ﴾ [الأنعام: ١٣٩].

وإنه ليتصدق الرجل بالصدقة العظيمة على ابنته فترى غضارة صدقته عليها، وترى ابنته الأخرى وإنه لتعرف عليها الخصاصة لما حرمه من صدقته).

وإن عمر بن عبد العزيز مات وإنه ليريد أن يرد صدقات الناس التى أخرجوا منها النساء.

وما كان من عزم عمر بن عبد العزيز على أن يرد ما أخرجوا منه البنات يدل على أن عمر ثبت عنده أن الصدقات كانت على البنين والبنات[2].

ونقول: إذا كان الوقف راجعا إلى إرادة الواقف وحريته فى إدخال من شاء فى وقفه وإخراج من شاء..

---

(١) الكافى فى الفقه، موفق الدين ابن قدامة المقدسى ج٢/ ٣٠٣.
(٢) المدونة. المجلد السادس/ ١٠٥.

فلا ينبغى أن تكون هذه الإرادة محكومة باعتبارات الذكورة والأنوثة فى الإعطاء والحرمان.

فقد يحرم الوالد من وقفه ولدا من أولاده الذكور باعتبار غناه أو استغنائه أو أى اعتبار آخر.

وقد يعطى من هذا الوقف إحدى بناته لحاجتها أو حسن رعايتها، أو ظروفها المادية أو الاجتماعية أو غير ذلك.

وإذا تم الأمر على هذا الاعتبار، فسيكون اعتبارا مبنيا على أساس من العدالة لا على أساس من التمييز بين الأولاد من حيث الذكورة والأنوثة.

وقد جعل ابن حزم التسوية بين الذكور والإناث فى التحبيس من باب العدالة، بل جعل هذه التسوية فرضا، مستشهدا بقول رسول الله ﷺ «اعدلوا بين أبنائكم» ولكنه قال بعد ذلك: فإن خصّ به بعض بنيه، فالحبس صحيح، ويدخل سائر الولد فى الغلة والسكن مع الذى خصه.

أى لا اعتبار لتخصيص الوالد.

برهان ذلك أنهما فعلان متغايران بنص كلام رسول الله ﷺ: أحدهما تحبيس الأصل، فباللفظ تحبيسه يصح لله تعالى بائنا عن مال المحبس.

والثانى: التسبيل والصدقة، فإن وقع فيها حيف رد ولم يبطل خروج الأصل محبسا لله عز وجل ما دام الأولاد أحياء، فإذا مات المخصوص بالحبس رجع إلى من عقب عليه بعده وخرج سائر الولد عنه لأن المحاباة قد بطلت[1].

وقد جاء فى قانون الوقف والحكر رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فى المادة (١١) منه أن للواقف أن يرجع فى وقفه كله أو بعضه، كما يجوز له أن يغير فى مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك، على ألا ينفذ التغيير إلا فى حدود القانون.

وقد نقل عن أبى حنيفة أنه كان ينكر الحبس على الولد وولد الولد ومن لا

---

(١) المحلى. لابن حزم ج٩. احكام الوقف/ ١٨٢.

يجوز له وصيته، وأما الحبس الذى هو صدقة على الفقراء والمساكين فلم يكن ينكره، بل قوله فيه كقول سائر العلماء[1].

● **الوقف على المساجد :**

المساجد من أهم جهات البر التى ينبغى الوقف عليها، لتعميرها وإدارتها، وإقامة الشعائر الدينية من خلالها.

ومن أجل ذلك أنشئت فى مصر وفى سائر البلاد العربية والإسلامية وزارة باسم «وزارة الأوقاف» وكان من أبرز أنشطة هذه الوزارة فى هذه البلاد رعاية المساجد والإنفاق عليها ليستمر دورها فى العبادة، وليمتد هذا الدور من داخل المسجد حيث تقام الشعائر الدينية إلى خارجه حيث الإسهام فى أنشطة اجتماعية تلتقى فيها الرغبة الدينية بالواجب الإصلاحى الذى هو مقصد حيوى من مقاصد الشريعة الإسلامية.

ولقد نصت المادة (٥) من قانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف على تأبيد الوقف على المسجد، مع جواز أن يكون الوقف على ما عداه من الخيرات مؤقتا أو مؤبدا.

كما نصت المادة (١١) من هذا القانون على جواز الرجوع أو التغيير فى الوقف على سائر الجهات، مع عدم جواز ذلك فى وقف المسجد ابتداء ولا فيما وقف عليه ابتداء.

ولقد روى أن رسول الله ﷺ لما قدم المدينة أمر بالمسجد وقال: يا بنى النجار: ثامنونى حائطكم هذا (أى بيعوا بستانكم هذا لمصلحة المسجد)، فقالوا: لا والله لا نطلب ثمنه إلا إلى الله[2].

ووجه ذلك أن الذين قالوا لا نطلب ثمنها إلا إلى الله كأنهم تصدقوا بالأرض المذكورة، فتم انعقاد الوقف قبل البناء[3].

---

(١) بدائع الصنائع ج٦/ ٢٧٥.
(٢) صحيح البخارى كتاب الوصايا. باب وقف الأرض للمسجد (٢٧٢٤).
(٣) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج٥/ ٤٧٤.

ونرى من ذلك أن أول وقف فى الإسلام كان هو المسجد الذى بناه رسول الله ﷺ عند دخوله المدينة، وهو مسجد قباء.

وقد بدأ فيه المسلمون تعلم القرآن وتعلم القراءة والكتابة، كما ألحق بالمساجد وأسس إلى جانبها كتاتيب تشبه المدارس الابتدائية فى العصر الحديث لتعلم القراءة والكتابة واللغة العربية والعلوم الرياضية(١).

ولقد أدى الوقف الإسلامى دورا فعالا فى نشر التعليم والتربية وفى التقدم العلمى الذى شهدته الحضارة العربية الإسلامية، فقد كان السبب الرئيسى لأغلب الإنجازات العلمية والحضارية التى شهدها العالم فى العصر الوسيط.

ولقد كان المسجد هو اللبنة الأولى للتعليم والتدريس، ولم تكن المساجد إلا منشآت وقفية(٢).

وكانت هذه «المنشآت» مفتوحة أمام المسلمين جميعا، لا فرق بين غينهم وفقيرهم، ولا بين كبيرهم وصغيرهم.

ومن هنا قرر الفقهاء أن الوقف على المنشآت التعليمية يشمل كل الناس، وإذا خصص على الأغنياء فقط، فلا يصح لانتفاء القربة لله تعالى.

وكانت المدارس ودور العلم والمكتبات والمصاحف والمساجد موظفة فى حاجة الغنى والفقير.

وفى مجال الوقف على المدارس والطلبة، فإن المساجد لم تكن مقصورة على تعليم الناس أمور الدين فقط، بل امتدت المخصصات الوقفية إلى إنشاء مدارس متخصصة لتدريس الفقه والطب والإدارة وأصبحت المساجد الصغيرة ملحقة بالمدارس بعد أن كانت المدارس هى ذاتها ملحقة بالمساجد.

ومن هنا فقد كان التعليم متواصلا مستمرا يبدأ فى المساجد والكتاتيب

---

(١) انظر: مصطفى السباعى: من روائع حضارتنا، بيروت، المكتب الإسلامى ط. ثانية/ ١٢٩.

(٢) الوقف الإسلامى والدور الذى لعبه فى النمو التعليمى والاجتماعى فى الإسلام دكتور غازى عبيد مدنى، عبد الملك أحمد السيد (المؤتمر الدولى الثانى. إسلام آباد ١٩٨٢).

بتعليم القرآن وقراءاته، وبتعليم الكتابة والقراءة، ثم ينتهى هذا التعليم فى المدارس المتخصصة التى كانت الأوقاف تؤدى الدور الأساسى فى إنشائها والإنفاق عليها. وهذه المدارس المتخصصة نفسها كانت توجه عنايتها إلى دراسة أصول الفقه والعلوم المتعلقة بها، أو إلى دراسة مذهب من المذاهب الفقهية.

على أن الوقف على المساجد والتدريس فيها لم يكن ليحرم منه أى متعلم أو أى تابع لمذهب من المذاهب.

فالمسجد يتسع لكل المذاهب الفقهية على اختلافها وعلى تعددها، وهو مفتوح لهذه المذاهب، والوقف عليه مصروف على أتباعها لا فرق بين مذهب ومذهب.

أما المدارس والجامعات التى كانت تقوم على ما تقدمه الأوقاف عليها فقد احتوت على أنشطة علمية أخرى غير المذاهب الفقهية كالعلوم الطبيعية والرياضية والفلك والجغرافيا والتاريخ والطب وغيرها من العلوم بجانب العلوم الشرعية.

وبناء على أهمية الوقف على المساجد، فإن الأوقاف إذا كانت مساجد امتنع بيعها بالإجماع.

وإذا كان عقارا لم يجز بيعه إلا إذا كان البيع لتوسيع المسجد. وقد جاء أن المساجد والمدارس التى بناها الملوك والأمراء بقرافة مصر، ونبشوا مقابر المسلمين وضيقوا عليهم، فهذه يجب هدمها قطعا ونقضها.

وأما مساجدهم ومدارسهم التى بوسط البلد فنافذة لأنها من مصالح المسلمين[1].

● صور تطبيقية من الوقف على المساجد والتصرف فى بعض المساجد القديمة:

إذا أراد أهل مسجد رفعه من الأرض، وجعل ما تحته سقاية وحوانيت فامتنع بعضهم من ذلك:

---

(١) الشرح الصغير للدردير على هامش بلغة السالك للصاوى ج٣/ ٢١٤.

فينظر إلى قول أكثرهم . .

وذهب بعض الحنابلة إلى أن هذا فى مسجد أراد أهله إنشاءه ابتداء واختلفوا كيف يعمل؟ وسماه مسجدا قبل بنائه تجوُّزا لأن مآله إليه .

أما بعد كونه مسجدا فلا يجوز جعله سقاية ولا حوانيت إلا عند تعذر الانتفاع به .

والحاجة إلى سقاية وحوانيت لا تعطل نفع المسجد فلا يجوز صرفه فى ذلك، ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوانيت لهذه الحاجة لجاز تخريب المسجد وجله سقاية وحوانيت ويجعل بدله مسجدا فى موضع آخر .

وقال ابن حنبل فى مسجد ليس بحصين من الكلاب وله منارة، فرخص فى نقضها وبناء حائط المسجد بها للمصلحة(١) .

وحول هدم المساجد القديمة وتحويلها إلى موقع آخر يقام عليه مسجد جديد نقول :

على الرغم من أن الله سبحانه قد جعل الأرض كلها للمسلمين « مسجدا وطهورا »، فقد دعا القرآن الكريم إلى إقامة المساجد وعمارتها، ولقد بنى رسول الله ﷺ مسجدا، وكان كما جاء فى الصحيحين مبنيا باللبن، وكان سقفه من الجريد، وعمده من خشب النخل .

وظل كذلك حتى عهد أبى بكر، فلم يزد فيه شيئا، حيث لم يكن هناك موجب للزيادة(٢) .

فلما كان عهد عمر زاد فيه، فجعل عمده من الخشب، وجدد بناء، وقال : « أُكِنّ الناسَ فيه من المطر » أى أحميهم من المطر . ولم ير المسلمون فيما فعله عمر بأسا أو خروجا على سنة رسول الله ﷺ .

---

(١) المغنى لابن قدامة ج٥/ ٦٣٤ .

(٢) فتح البارى . شرح صحيح البخارى ج٣ . أحكام المساجد .

فلما كان عهد عثمان حدث التغيير فى المسجد من وجهين: من حيث التوسيع، ومن حيث مادة البناء.

فبنى جداره بالحجارة المنقوشة، وجعل عمده أيضا من الحجارة المنقوشة وسقفه بالساج، وهو نوع من الخشب يؤتى به من الهند.

وحين كره بعض المسلمين هذا التغيير وأحبوا أن يترك عثمان المسجد على هيئته القديمة على عهد رسول الله ﷺ قال لهم عثمان: «إنكم أكثرتم وإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من بنى مسجدا يبتغى به وجه الله بنى الله له بيتا فى الجنة»[1].

● مكان المسجد:

لقد منع بعض علماء المسلمين بناء المساجد فى مباحات الطرق التى وضعت لانتفاع الناس، لأنه إذا بنى بها مسجد تعطل انتفاعهم، وهذا المنع مروىّ عن ربيعة.

وقال البعض: بناء المسجد فى ملك المرء جائز بالإجماع، وفى غير ملكه ممتنع بالإجماع.

ولا يجوز بناؤه فى الأماكن المباحة التى خصصت لانتفاع الناس.

● نقض المسجد وتغيير مكانه:

إذا رأى الحاكم المسلم أو من يقوم مقامه أن المكان الذى أقيم فيه المسجد غير مناسب، أو خاف أن تنقضه اللصوص نقضه وحفظه.

وإذا رأى أن يبنى بهذا النقض مسجدا آخر جاز له ذلك، والأوْلى أن ينقل إلى أقرب الجهات إليه، فإن نقل إلى البعيد جاز[2].

وقد قال الخوارزمى فى «الكافى»: الأصلح عندى جواز نقل المسجد إذا خرب إلى موضع آخر وهو مذهب أحمد.

---

(١) عمدة القارى، ج٤ / ٢١.

(٢) إعلام الساجد بأحكام المساجد. لمحمد بن عبد الله الزركشى / ٣٤٥.

● رحاب المسجد :

فإذا نقل الإمام المسلم المسجد من مكانه القديم إلى مكان آخر قريب منه، فقد قال العلماء إنه لم ينتقل، لأن رحاب المسجد يعتبر من المسجد، وأن ما بنى بجوار المسجد يعدّ من رحابه ويعتبر امتدادا له.

ونقل عن (الأحكام السلطانية – للماوردى) أن حريم الجوامع والمساجد إن كان الارتفاق به مضراً بأهل المسجد منع منه، ولم يجز للسلطان الإذن فيه.. وإلا جاز.

وبناء على ما عرضناه من الآراء نرى أن نقل المسجد إلى مكان جديد هو فى رحاب مكانه القديم، وإن هذا النقل قد تم رعاية للمصلحة العامة التى تتمثل فى انتفاع الناس بالمكان القديم، والمصلحة العامة جانب معتبر فى تشريع الإسلام.. فلا نرى بأسا من نقل المسجد من مكانه القديم غير المطروق إلى مكان آخر يسهل على الناس الوصول إليه.

نص أحمد بن حنبل على عدم جواز غرس الشجر فى المساجد، وقال: (إن كانت غرست النخلة بعد أن صار مسجدا فهذه غرست بغير حق فلا أحب الأكل منها، ولو قلعها الإمام لجاز، وذلك لأن المسجد لم يبن لهذا، وإنما بنى لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن، ولأن الشجرة تؤذى المسجد وتمنع المصلين من الصلاة فى موضعها، ويسقط ورقها فى المسجد وثمرها، وتسقط عليها العصافير والطيور، وربما اجتمع الصبيان فى المسجد من أجلها ورموها بالحجارة ليسقط ثمرها. فأما إن كانت النخلة فى أرض فجعلها صاحبها مسجدا والنخلة فيها فلا بأس.

وقيل فى شجرة «النبق»: لا تباع وتجعل للمسلمين وأهل الدرب يأكلون منها، لأن صاحب الأرض لما جعلها مسجدا والنخلة فيها فقد وقف الأرض والنخلة معها، ولم يعين مصرفها فصارت كالوقف المطلق الذى لم يعين له مصرف)[1].

---

(١) المغنى لابن قدامة (مرجع سابق) ج٥/ ٦٣٥.

فأما إن قال صاحب الشجرة: هذه وقف على المسجد، فينبغى أن يباع ثمرها، ويصرف إليه كما لو وقفها على المسجد وهى فى غيره ولو احتاج المسجد إلى ثمن ثمرة الشجرة بيعت وصرف ثمنها فى عمارته[1].

● الوقف على دور العلم وأثره فى النمو التعليمى:

عرضنا أحكام الوقف على المساجد من حيث كونها دورا للعبادة تؤدى فيها الصلوات المفروضة، وتجمع المسلمين فى صلوات جامعة كصلاة الجمعة وصلاة العيدين.

ولكن المساجد لم تكن مقصورة على العبادات وتدريس علوم الدين، بل قامت مدارس متخصصة ملحقة بها لتدريس الطب والإدارة.

وشمل التعليم الرجال والنساء والكبار والصغار ومن هنا فقد امتدت المخصصات الوقفية إلى إنشاء المدارس والإنفاق على طلبة العلم.

وقد كان يلحق بهذه المدارس أطباء لعلاج المرضى، وحمامات لاستخدام الطلبة، ومطاعم لتقديم الطعام...

وحيث أن الغاية من الوقف – بوجه عام – هى التقرب إلى الله بحبس منفعة على بعض الفئات التى أوصى بها الواقف، فإن المدرسين – فى صدر الإسلام – لم يكونوا يتقاضون رواتب لقاء تدريسهم، وإنما كانوا أيضا يتطوعون بهذا التدريس انتظارا للأجر من الله.

ولكن بمرور الزمن وكثرة المدارس وتسابق الناس إلى الوقف عليها من حيث كونها جهات من جهات البر، أصبح من الممكن تخصيص رواتب شهرية للمدرسين من أموال الأوقاف لا من الخزينة العامة للدولة.

ولم يقتصر الأمر علي إجراء هذه الرواتب الشهرية للمدرسين، بل خصصت لهم ملابس خاصة كشعار يميزهم عن غيرهم من الناس.

---

(١) السابق.

ولقد كان الإمام الحنفى أبو يوسف يلبس (الخلعة) - وهى الجبة التى « خلعها » عليه الواقف أو السلطان - عندما كان يلقى محاضراته فى المسجد أو فى مجلس القضاء . .

(ومن هذا التقليد الإسلامى نقلته جامعة أكسفورد ثم تبعتها من بعد ذلك جامعات الغرب الأخرى فى أن ابتدأ أساتذتها بلبس الرداء الجامعى)[١] .

ومن نماذج المدارس التى كانت تعتمد على نشاطها على موارد الأوقاف :

١- المدرسة الصالحية بمصر : وقد أنشأها الملك الصالح نجم الدين أيوب لتدريس المذاهب الأربعة .

٢- المدرسة الظاهرية : وقد أنشأها الظاهر بيبرس فى القاهرة سنة ٦٢٦هـ .

٣- مدرسة السلطان حسن بالقاهرة سنة ٧٥٧ ، وقد أوقفت عليها أوقاف كثيرة للإنفاق عليها .

٤- المدارس الأربعة التى بناها السلطان سليمان القانونى بمكة المكرمة سنة ٩٢٧هـ وأوقف عليها أموالاً طائلة لتدريس المذاهب الأربعة[٢] .

● دور الوقف الإسلامى فى حرية التعليم :

أشرنا إلى أن التعليم فى الإسلم بدأ غير معتمد على الدولة إلا اعتمادا جزئيا ، وإنما اعتمد - بالأساس - على ما يوقفه المحسنون لأغراض دينية .

ومن هنا اكتسب التعليم استقلالا ذاتيا عن طريق وجود مدارس وقفية متعددة ، ونشات مجالات ثقافية للتفكير الحر كان له أثر فى الارتقاء فى السلم الاقتصادى والاجتماعى . وشعر رجال العلم - بمختلف فنونه - بالاستقلال عن رجال السياسة وعن السلطان ، فلم يكونوا يترددون فى معارضتهم وتصحيح

---

(١) انظر عبد الملك السيد (Social Ithico of Islam. 1982. P. 237) .

(٢) انظر : الوقف الإسلامى والدور الذى لعبه فى النمو التعليمى . غازى عبيد مدنى (بحث ألقى فى المؤتمر الاقتصادى الثانى بإسلام آباد . مارس ١٩٨٣) .

اتجاهاتهم إذ وجدوا فيها انحرافا دون خشية من التضييق عليهم فى الرزق أو خوف من نقصان الرواتب.

كما كان هؤلاء العلماء والمعلمون أحرارا فى دراسة مختلف العلوم الإنسانية والطبيعية، وأحرارا فى الاندماج بأية دراسات جديدة فى طرح مشاكل وأسئلة عميقة تتعلق بمشاكل الإنسان وحياته[1].

ولقد كان الأغنياء يتنافسون فى الوقف على دور العلم وإمدادها بنفائس الكتب، وإن كانت هذه الكتب لا تتفق فى بعض الأحيان مع اتجاهالدولة، ولكن حرية البحث وحرية المصادر التمويلية التى لا تعتمد فى استمرارها على السلطة جعلت من جو الدراسة مناخا صالحا.

وهذه الحرية فى البحث والتفكير قد أوجدت نماذج من العلماء والفقهاء المستقلين الذين يفكرون لمصالح الناس ويأبون المناصب التى يعرضها عليهم السلطان:

فأبو حنيفة - مثلا - رفض قبول منصب قاضى القضاة فى الدولة الأموية ثم فى الدولة العباسية.

وكذلك فعل تلميذاه محمد بن الحسن الشيبانى وأبو يوسف.. ووقف أحمد بن حنبل يتحدى السلطان ويعلن رأيا مخالفا لرأى الخليفة المأمون فى مسألة خلق القرآن حتى تعرض لمحنة الضرب والتعذيب والسجن.

وأصدر العز بن عبد السلام أحكاما كثيرة ضد السلاطين الأتراك، كما فعل غيره ذلك ضد الحكام من المماليك.

ولقد قرر ابن خلدون - فى مقدمته - أن الأوقاف شجعت الشباب الذين نشئوا فى الريف فلم يجدوا كتبا ولا معاهد علمية أن يهاجروا إلى المدن الكبيرة المتطورة التى تتوفر فيها وسائل التعليم الحر دون إرهاق مادى أو ضغط نفسى،

---

(١) انظر بحث (الوقف الإسلامى. غازى عبيد مدنى) مرجع سابق/ ٢٢.

فكان هؤلاء الشبان يجدون المدارس والجامعات والتكايا والزوايا تستقبلهم، وتتسع المراكز العلمية للبحث والدراسة والتأمل العلمي بجانب العبادات.

وفي بعض الأحيان كان الواقفون على هذه المراكز يعينون أبناءهم نُظارا على الوقف مع الاحتفاظ بحقهم في الدراسة والتعليم والإفادة من نصوص الوقفيات على هذه المراكز(١).

ومما يتصل بالوقف على المدارس ودور العلم ما كان من الوقف على المكتبات، حيث أنفقت الأموال الكثيرة لاستنساخ الكتب وإنشاء المكتبات التي أخذت أسماء كثيرة مثل:

خزانة الكتب، وبيت الكتب، ودار الكتب.. الخ. ونتيجة للأوقاف التي وجهت إلى هذه المكتبات انتشرت الثقافة لتشمل طبقات المجتمع رجالا ونساء، فقراء وأغنياء.. وقد وجهت أيضا بعض الأموال الموقوفة إلى شئون التعليم الطبي ورعاية صحة المواطنين وإنشاء المستشفيات التعليمية المتخصصة.

ويقال إن أول من أنشأ مستشفى متكاملا وثابتا في الإسلام هو الخليفة الأموي الوليد بن عبد الملك، حيث أمر بإنشاء مستشفى للعلاج وعين له الأطباء، وكان الإنفاق عليه من أموال موقوفة أو من بيت المال(٢).

* * *

---

(١) مقدمة ابن خلدون ج١/ ٤٣٤.

(٢) ناجي معروف: أصالة الحضارة العربية. ط. ٣/٣٤٣ (عن الوقف الإسلامي والدور الذي لعبه في النمو التعليمي. غازي عبيد مدني - عبد الملك احمد السيد).

المبحث الرابع

صيغة الوقف

● الصيغة بوجه عام:

صيغة الكلمة: هيئتها الحاصلة على ترتيب حروفها وحركاتها، ويفهم من كلام الفقهاء أن الصيغة هى الألفاظ والعبارات التى تعرب عن إرادة المتكلم ونوع تصرفه.

فالألفاظ موضوعة – فى الأصل – للتعبير عما فى النفوس، ولذلك فقد جعل الفقهاء ورجال القانون نية الإنسان وحديثه النفسى «إرادة باطنة»، وجعلوا الألفاظ التى تعبر عن هذه النية إرادة ظاهرة».

ورتبوا – بناء على ذلك – أحكاما حين ترتبط الألفاظ بالنية، ولا تترتب تلك الأحكام على مجرد ما فى النفوس من غير دلالة فعل أو قول[1].

والصيغة ركن فى كل الالترامات باعتبارها سببا فى إنشائها، ولكنها تختلف تبعا لاختلاف تلك الالتزامات:

فبعض الالتزامات تتقيد بصيغة معينة لا يجوز العدول عنها كصيغة عقد النكاح، إذ لابد فى الإيجاب والقبول فيه من لفظ الإنكاح أو التزويج[2].

وهناك التزامات لا تتقيد بصيغة معينة، بل تصح بكل لفظ يدل على المقصود كالبيع والإعارة.

● اللفظ والمعنى فى الصيغة:

من العبارات المشهورة عند بعض الفقهاء (العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى).

---

(١) بدائع الصنائع ج٢/ ٢٢٩، أعلام الموقعين ج٣/ ١٠٥.

(٢) وذلك عند الشافعية والحنابلة.

ومعنى ذلك أن أهمية اللفظ ترجع أولا وأخيرا إلى تعبيره عن القصد الحقيقى لصاحبه، فإذا عبر تعبيرا دقيقا واضحا عن هذا القصد فقد تم المراد منه لأن اللفظ ما هو إلا قالب للمعنى لكن الفقهاء لم يطبقوا ذلك على كل العقود، بل طبقوها على البعض دون البعض الآخر..

وقد طبق الحنفية – مثلا – هذه العبارة على كثير من العقود كالكفالة والبيع والنكاح والإجارة:

فينعقد البيع بقوله: خذ هذا بكذا، وتنعقد الإجارة بلفظ الهبة والتمليك، كما ينعقد النكاح بهذين اللفظين، وينعقد السلم بلفظ البيع.. وهكذا.

أما العقود التى لا تنعقد إلا باللفظ الصريح الدال عليها، فمنها الهبة التى لا تنعقد بالبيع بلا ثمن.

ومنها العتق الذى لا ينعقد بألفاظ الطلاق وهكذا.. وقد شدد المالكية على ارتباط النية باللفظ المؤدى إليها أو ما يقوم مقام هذا اللفظ كالكتابة والإشارة وغيرها ورجح الشافعية الأخذ باللفظ بعكس الحنفية الذين رجحوا المقاصد والمعانى على الألفاظ والمبانى كما فعل الحنفية[1].

● **الصريح والكناية فى الصيغة:**

تدل بعض الصيغ دلالة صريحة على المراد منها، فلا تحتاج إلى نية أو قرينة.

ومن الصيغ ما هو كناية، فلا يدل على المراد إلا بالنية أو القرينة.

فالطلاق والأيْمان والنذور تنعقد بالكناية كما تنعقد بالصريح عند الحنفية[2].

أما الشافعية فإنهم يقولون بأن العقود التى لا يستقل بها الشخص كالنكاح، ويشترط فيها الإشهاد، فإنها لا تنعقد بالكناية وحدها، لأن الشاهد لا يستطيع أن يعلم نية العاقد من كنايته وحدها.

---

(١) انظر: الفروق للقرافى ١/ ٣٩، الأشباه والنظائر للسيوطى/ ١٨٣.
(٢) البدائع ٣/ ١٥.

والنكاح لا يصح بالكناية وإن توافرت القرائن[1].

وقد ذكر ابن رشد أن المالكية يرون جواز البيع بالألفاظ الصريحة وبالكناية[2].

ويقول «القرطبى» فى تفسير قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾

[البقرة: ٢٧٥]

البيع قبول وإيجاب يقع باللفظ المستقبل والماضى، فالماضى فيه حقيقة، والمستقبل كناية.

والبيع يقع بالصريح والكناية المفهوم منها نقل الملك[3].

وقد قسم ابن قدامة فى كتابة «المغنى» ألفاظ الوقف إلى ستة أقسام:

ثلاثة صريحة وهى (وقفت، وحبست، وسبّلت) فإذا أتى المتكلم بواحدة من هذه الثلاث صار العقد وقفا من غير حاجة إلى إضافة لفظ آخر يوضح المراد.

وذلك لأن هذه الألفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس، وينضم إلى ذلك عرف الشرع بقول النبى ﷺ لعمر: «إن شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها».

فصارت هذه الألفاظ فى الوقف كلفظ التطليق في الطلاق. أما الألفاظ الكنائية فهى ثلاثة أيضا هى (تصدقت، وحرّمت، وأبّدت)..

فلفظ الصدقة يستعمل فى الزكاة وفى الهبات، ولفظ التحريم يستعمل فى الظهار والأيمان، ويكون تحريما على نفسه وعلى غيره، ولفظ التأبيد يحتمل تأبيد التحريم وتحريم الوقف.

ولم يثبت لهذه الألفاظ عرف الاستعمال فلا يحصل الوقف بمجردها، فإذا

---

(١) المجموع للنووى ٩/ ١٥٣.

(٢) بداية المجتهد ٢/ ١٨٥.

(٣) القرطبى ٣/ ٣٥٧.

انضمت إليها ألفاظ أخرى لتوجهها إلى معنى الوقف حصل الوقف بها كأن يقول: صدقة موقوفة، أو محبسة، أو مسبلة، أو محرمة أو مؤبدة، أو يقول: هذه محرمة موقوفة، أو محبسة أو مسبلة أو مؤبدة.

فإذا لم يضم إليها مثل هذه الألفاظ، فقد يضم إليها صفات تفيد الوقف فيقول مثلا: صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث.

فهذه الصفات قرائن تزيل الاشتراك بين لفظ الصدقة ولفظ الوقف[1].

● **شروط عامة فى الصيغة:**

١- أن تكون صادرة ممن هو أهل للتصرف كالبائع والعاقل والصبى المميز.. وهذا فى كل العقود بوجه عام.

ويزاد على ذلك أن يكون من صدرت عنه الصيغة من أهل التبرع إذا كان العقد من عقود التبرعات كالهبة والإبراء..

٢- أن يقصد المتكلم بالصيغة لفظها ومعناها وأن يربط بينهما ربطا حقيقيا.

إذ الجهل بمعنى اللفظ مسقط لحكمه.

٣- أن تصدر الصيغة عن اختيار، فإن التصرفات التى تحتمل النسخ كالبيع والهبة والإجارة ونحوها تفسد بالإكراه. وعند المالكية لا يلزم المكره ما أكره عليه من التصرفات القولية كالطلاق والنكاح والبيع والإجارة والهبة ونحو ذلك[2].

● **الصيغة فى الوقف:**

الصيغة فى الوقف تكون أيضا صريحة كقوله: (وقفت أو حبست أو سبّلت..).

كما تكون غير صريحة كقوله: (تصدقت)..

---

(١) انظر المغنى لابن قدامة جـ٥ كتاب الوقوف والعطايا/ ٦٠٢.

(٢) جواهر الإكليل ١/ ٣٤٠.

وهي جائزة في الوقف إذا صاحبتها قرينة تدل على أن صاحبها يقصد بها حقيقة الوقف، أما إذا لم تصاحبها هذه القرينة فإنها تدل على معناها الأصلي.

فهو إذا قال: تصدقت بثمرة هذا العقار على بني فلان، ولم يقيد ذلك بقرينة تدل على أنه يقصد بالصدقة الوقف فإن هذه الثمرة تكون ملكا لمن تصدق به عليه.

ومعنى ذلك أن الوقف – باللفظ الصريح مثل: وقفت أو حبست يفيد التأبيد مطلقا.

أما باللفظ غير الصريح مثل (تصدقت) فلا يفيد الوقف إلا بقيد يدل عليه، وإلا كان ملكا لمن توجهت إليهم الصدقة باللفظ[1] وعلى وجه الإجمال فإن الفقهاء متفقون على عدم اشتراط صيغة معينة لسائر العقود، غير عقدى النكاح والسلم.

ولكن كل صيغة تؤدى إلى نتيجة معينة فإنها تأخذ طبيعة هذه النتيجة: فالصيغة التى تؤدى إلى تسليم الملك بعوض تعد صيغة بيع..، والصيغة التى تؤدى إلى تسليم الملك بدون عوض تعد هبة أو عطية أو صدقة.

كما أن الصيغة التى تؤدى إلى التمكين من المنفعة بعوض إجارة، وبدون العوض إعارة أو وقف.. وهكذا[2].

وقد جاء فى «فتح القدير» فى باب البيع: لو قال البائع: رضيت بكذا، أو أعطيتك بكذا، أو خذ بكذا، فهو فى معنى قوله: بعت واشتريت، لأنه يؤدى معناه.

والمعنى هو المعتبر فى هذه العقود.

وكذا لو قال: وهبتك أو وهبت لك هذه الدار بثوبك هذا فرضى فهو بيع بالإجماع[3].

---

(١) بلغة السالك ج٣/ ١٩٢.
(٢) كشاف القناع ٣ / ٣٨.
(٣) فتح القدير ٥ / ٤٥٨. دار إحياء التراث.

● **الصيغة بالفعل مع القرينة:**

ظاهر مذهب أحمد بن حنبل أن الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة على الوقف.

كأن يبنى مسجدا، ويأذن للناس فى الصلاة فيه، أو يبنى مقبرة ويأذن لهم فى الدفن فيها، لأن العرف يجرى بذلك، وفى هذا الفعل دلالة على الوقف.

والفعل المقترن بهذه الدلالة يقوم مقام اللفظ.

ومن هنا فإنه إذا أدخل بيته فى المسجد وأذن فيه للصلاة لم يرجع فى فعله، وكان هذا الفعل وقفا.

وكذلك إذا اتخذ المقابر وترك الناس يدفنون فيها، فليس له الرجوع فى ذلك، وكان عمله هذا بمثابة الوقف الذى لا رجوع فيه.. وهذا أيضا قول أبى حنيفة.

وإن كان الشافعى يرى أنه لا يصير وقفا إلا إذا شفع الفعل بالقول، فإذا ضرب رجل سورا على أرضه ليجعلها مقبرة، ونوى بقلبه على ذلك، فعند الشافعى أن الوقف لا يحصل بمجرد ضرب السور على الأرض واستحضار النية، بل لابد أن يتبع ذلك بالتلفظ باللسان.

أما أحمد بن حنبل فإنه يرى أنه إن نوى بقلبه أن يجعل هذه الأرض مقبرة لأموات الناس جميعا، فإن هذه النية كافية، ولا يجوز له أن يرجع فيها، وكان تحويط الأرض بالسور مع النية قرينة على إرادته الوقف، ثم انضم إلى هذه القرينة أيضا سماحه للناس بالدفن فى هذه الأرض[1].

والظاهر فى مذهب المالكية أن اللفظ المقترن بوصف هو الذى يحدد طبيعة العمل.

فإن الرجل إذا قال: دارى هذه حبس على فلان وعلى عقبه من بعده، ولم

---

(١) الكافى فى الفقه على مذهب أحمد بن حنبل ج٢/ ٢٩٩.

يقل: صدقة، فهى حبس إذا كانت على غير قوم بأعيانهم، أما إذا كانت على قوم بأعيانهم، ولم يقل صدقة، أو قال: حبسا ولم يقل (لاتباع ولا توهب) فإن الدار ترجع إلى الذى حبسها إذا كان حيا، أو إلى ورثته الذين يرثونه فتكون مالا لهم[1].

وواضح أن الفعل مع القرينة الدالة على الوقف ينوب مناب الصيغة بالألفاظ عند كثير من الفقهاء.

فالتخلية بين الناس وبين المسجد والمدرسة وغيرها قرينة على إرادة الوقف وإن لم يتلفظ به.

وكتابة الواقف على الكتب عبارة (وقف لله تعالى)، أو (وقف على طلبة العلم) فإنه يصير وقفا إذا حدد الجهة الموقوف عليها كمدرسة كذا أو معهد كذا، أو بقوله (وقف على طلبة العلم بمدرسة كذا أو بمعهد كذا)[2].

وقد ذهب مالك إلى صحة الوقف وإن لم يعين مصرفه، ووافقه أبو يوسف ومحمد والشافعى فى أحد قوليه. وفى قوله الآخر أنه لا يصح حتى يعين جهة مصرفه، والا فهو باق على ملكه.

ونقل عن بعض الشافعية أنه إن قال: وقفته، وأطلق اللفظ فهو محل خلاف، وإن قال: وقفته لله خرج عن ملكه تأكيدا. ودليل ذلك أن أبا طلحة قال لرسول الله ﷺ: أحبّ أموالى إلى «بَيْرحاء» وإنها صدقة لله»، فأجاز النبى ﷺ ذلك[3].

● **ما يقوم مقام الصيغة:**

ويتضح مما سبق أن الصيغة إذا أطلقت فالمراد بها عند الفقهاء الألفاظ والعبارات الدالة على التصرف.

---

(١) المدونة ج١٥. كتاب الحبس / ١٠٢. المجلد السادس.
(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك ج٣/ ١٩٦.
(٣) فتح البارى. ج٥. كتاب الوصايا/ ٤٥٢.

ويقوم مقام الصيغة فى التعبير عن المراد ما يأتى :

الكتابة : فإن الفقهاء يتفقون على صحة العقود وانقعادها بالكتابة الواضحة المرسومة كالكتابة على الصحيفة أو الحائط أو الأرض دون الكتابة على الماء أو على الهواء.

وقد ثبت أن رسول الله ﷺ أمر بتبليغ الرسالة بالقول فى حق البعض، وبالكتابة فى حق البعض الآخر.

الإشارة : والمعنى المعتبر فى قيام الإشارة مقام العبارة هو الضرورة.

فإذا عجز الأخرس عن العبارة أقامت الشريعة إشارته مقام عبارته.

والقادر على النطق لا تقوم إشارته مقام عبارته.

الفعل : وقد بينا أن الفعل يقوم مقام الصيغة فى بعض التصرفات، وبخاصة إذا اقترنت به قرينة تدل على إرادة من صدر منه الفعل.

وعلى وجه الإجمال فإن للعرف أثرا فى دلالة الصيغة على المراد، كما أن مراعاة حمل الصيغة على العرف له أثر فى الأحكام الاجتهادية التى لا نص فيها، والتى بنيت أساسا على الأعراف التى كانت سائدة.

فإذا عبرت الصيغة عما يلتزم به الإنسان من ارتباط مع الغير ترتب عليها ما تضمنته، سواء أكان بيعا أم شراء أم هبة.. أم وقفا.

● دلالة الصيغة على الزمن :

ينعقد الوقف وسائر العقود بصيغة الماضى من غير توقف على نية، فلو قال أحدهم : « وقفت أرضى هذه على فقراء قريتى » مثلا، كان هذا بمثابة الوقف المشروع، وانعقد الوقف صحيحا نافذا لازما وذلك لأن صيغة الماضى جعلت إيجابا للحال..

وإذا كان هذا فى صيغة الماضى التى تدل على الجزم والحسم، فقد اختلف الفقهاء حول الصيغة الدالة على الحال أو الاستقبال. كأن يقول القائل : أود أن أقف أرضى على الفقراء، أو سأقف أرضى.. الخ.

وقد ذهب الحنفية والشافعية إلى صحة انقعاد العقد بصيغة المضارع لكن مع الرجوع إلى النية . .

فإذا قال : أقف هذه الأرض على كذا، ولم يكن هناك قبول، حيث ينعقد الوقف بإرادة واحدة، لأنه من عقود التبرعات . . فإن الركن يتم وينعقد العقد .

والنية معتبرة هنا، لأن صيغة «أفعل» وإن كانت للحال، فإنه قد غلب استعمالها للاستقبال، وكأنه قال «سأقف» فوقعت الحاجة إلى التعيين بالنية[١] .

ويتفق المالكية على اعتبار النية فى هذه الصيغة مع تحليف القائل على ما أراده حتى تتطابق النية – وهى الإرادة الباطنة مع اللفظ وهو الإرادة الظاهرة[٢] .

وقد جاء فى (الفتاوى الهندية) : إذا قال البائع : أبيع منك هذا بألف أو أبدله أو أعطيكه، وقال المشترى : أشتريه منك أو آخذه، ونويا الإيجاب للحال، أو كان أحدهما بلفظ الماضى والآخر بالمستقبل مع نية الإيجاب للحال فإنه ينعقد، وإن لم ينو لم ينعقد[٣] .

ومثل ذلك ما نقله الحطاب من المالكية حيث قال : «إن أتى بصيغة الماضى لم يقبل منه رجوع، وإن أتى بصيغة المضارع فكلامه محتمل فيحلف على ما أراده[٤] .

أما الحنابلة فإن العقد لا ينعقد – عندهم – بصيغة المضارع، لأن هذه الصيغة لا تعدو أن تكون وعدا غير معبر عن التنجيز أو النفاذ[٥] .

---

(١) بدائع الصنائع ج٥ / ١٣٣ .
(٢) حاشية الدسوقى ج٣/٣ .
(٣) الفتاوى الهندية ٣ /٤ .
(٤) الحطاب ٤ / ٢٣٢ .
(٥) كشاف القناع ٣ / ١٤٧ .

واختلاف الفقهاء حول الصيغة كما نرى ينتج أثرا فى العقد، وهذا الأثر هو المراد من الصيغة.

والصيغة متى استوفت شرائطها ترتب عليها ما تضمنته:

ففى الإجارة يثبت الملك فى المنفعة للمستأجر وفى الأجرة المسماة للآجر.

وفى الهبة يثبت الملك للموهوب له فى الموهوب من غير عوض، وفى الوقف يثبت خروج الموقوف من يد الواقف، وتنتقل ثمرته إلى الموقوف عليه.. وهكذا.

وإذا صدرت الصيغة صريحة بصيغة الماضى كانت هى الأساس الذى يعتمد عليه القاضى فى صدور الأحكام.

والحاكم إنما يحكم بما ظهر وهو الذى تعبد به، ولا ينتقل الباطن عند من علمه عما هو عليه من التحليل والتحريم[1].

* * *

---

(١) التبصرة لابن فرحون بهامش فتح العلى المالك ١/ ٦٣.

الفصل الثالث

أحكام متفرقة فى الوقف

المبحث الأول

تفصيلات فى الوقف على الأولاد والأقارب

يرى ابن حزم[1] أن التسوية بين الأولاد فى الوقف وإن كانت واجبة، فإن التفريق بينهم لا يفسد الوقف:

أما وجوب التسوية فهو مأخوذ - عنده - من قول الرسول ﷺ: «اعدلوا بين أبنائكم».

وأما التفريق ففى رأيه أن الواقف إن خص به بعض بنيه فالحبس صحيح، ولكن سائر الأولاد يدخلون فى الغلة والسكن مع الذى خصه.

وكأنه يرى عدم اعتبار التخصيص، وأنه لا أثر له على صحة الوقف، ويبقى مبدأ التسوية بين الأولاد قائما.

ويعتمد أيضا فى هذه الرؤية أن الوقف والتخصيص فعلان متغايران بنص كلام رسول الله ﷺ:

فالوقف تحبيس الأصل، وباللفظ تحبيسه يصح لله تعالى بائنا عن مال المحبس.

كما أنه إن وقع بهذا التسبيل ظلم وجب رده ولم يبطل خروج الأصل محبسا لله عز وجل مادام الأولاد أحياء.

وإذا مات المخصوص بالوقف رجع إلى من عقب عليه بعده، وخرج سائر الولد عنه لأن المحاباة قد بطلت.

---

(١) المحلى. ج٩. أحكام الوقف/ ١٨٢.

كما أن إطلاق كلمة (الولد) ينسحب على الولد وولد الولد، فمن حبس دارا على ولده، فأولادهم بمنزلة الولد، ومن وقف داره على ولده فهى على ولده وولد ولده ذكورهم وأناثهم إلا أن ولده من ولد ولده ما عاشوا إلا أن يكون فضل فيكون لولد الولد فذلك حق لحاجتهم.

وعند مالك أنه ليس لولد البنات شيء إذا قال الرجل: هذه الدار حبس على ولدى فهى لولده وولد ولده، وليس لولد البنات شيء والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ [النساء: ١١]

فاجتمع الناس أنه لا يقسم لولد البنات شيء من الميراث إذا لم يكن له بنات لصلبه، وإن بنى البنين الذكور والإناث يقسم لهم الميراث ويحجبون من يحجبه من كان فوقهم إذا لم يكن فوقهم أحد(١).

وفى إخراج البنات من الوقف يروى عن عائشة أنها كانت إذا ذكرت صدقات الناس وإخراج بناتهم منها تقول: ما وجدت للناس مثلا اليوم في صدقاتهم إلا ما قال الله: ﴿ وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰ أَزْوَاجِنَا وَإِن يَكُن مَّيْتَةً فَهُمْ فِيهِ شُرَكَاءُ ﴾ [الأنعام ١٣٩].

ولقد مات عمر بن عبد العزيز وإنه ليريد أن يرد صدقات الناس التى أخرجوا منها النساء.

وهذا يدل على أن عمر ثبت عنده أن الصدقة كانت على البنين والبنات.

وقد جاء عن المالكية(٢) أيضا أن الرجل إذا كان له أولاد وبنات فأعلن الوقف على الأولاد دون البنات، ثم أشهد خفية أنه خص البنين بالوقف خوفا منهم، ولكنه أيضا يرغب إشراك البنات فى هذا الوقف، فإن تخصيص الوقف بالبنين لا يمضى ولا يجب الالتزام بما أعلنه دون ما أخفاه.

---

(١) المدونة ج١٥. كتاب الحبس/ ١٠٣ - ١٠٥.

(٢) انظر فتح العلىّ المالك. الشيخ محمد احمد عليش ج٢/ ٢٤١.

وفى أصول الحنفية أن أبا حنيفة يرى عدم جواز وقف الرجل على ولده وولد ولده الذى لم يوجدوا بعد، وقال: كيف يجوز الحبس على من لم يخلق؟!.

وجوز ذلك أهل المدينة غير أنهم قالوا: لا يكون لولد البنات منه شيء حتى يسمّيهن.

ولكن الصحيح – عند جمهور الحنفية – اعتبار ولدالبنات من ولد ولده، لأن الابنة من ولده، فولدها من ولد ولده[1] أو لأن اسم (الولد) مأخوذ من الولادة وهى موجودة فيها، إلا أن يقيد بالذكر بأن يقول: وقفى هذا على الذكور من ولدى فلا يدخل فيه الإناث[2].

وقد روى عن ابن حنبل أنه إن قال: وقفت هذه الدار على أولادى فإنها تكون وقفا على أولاده وأولاد أولاده من البنين ما لم تكن قرينة تصرف عن ذلك.

وقد سئل مرة: ما تقول فى رجل وقف ضيعة على ولده فمات الأولاد وتركوا النسوة حوامل؟

فقال: كل ما كان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين فالضيعة موقوفة عليهم، وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شيء لأنهم من رجل آخر[3].

وجاء أنه إذا قال: وقفت على أولادى، دخل فيه الذكر منهم والأنثى، لأن الجميع أولاد.

ولكن هل يدخل فى ذلك ولد الولد؟ فيه روايتان:

إحداهما: يدخلون، لأنهم دخلوا فى قوله تعالى: ﴿**يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ**﴾ [النساء: ١١].

---

(١) كتاب الحجة على أهل المدينة. محمد بن الحسن الشيبانى ج٣/ ٥٤.
(٢) در الحكام فى شرح غرر الأحكام ج٢/ ١٤٢.
(٣) المغنى لابن قدامة ج٦/ ٦٠٨.

وفي قوله: ﴿وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٧٦].

وعلى هذا يدخل ولد البنين دون ولد البنات؛ لأن ولد البنين هم الذين دخلوا النص دون ولد البنات.

والثانية: لا يدخل ولد الولد؛ لأن الولد حقيقة ولد صلبه، والكلام على حقيقته إلا أن يقرن به ما يدل على إدخالهم كقوله: وقفت على أولادي: لولد الذكور الثلثان، وولد الإناث الثلث.. ونحو ذلك[1].

* * *

(١) الكافي في الفقه على مذهب ابن حنبل. لابن قدامة المقدسي ج٢/ ٣٠٢.

المبحث الثانى

تعليق الوقف على شرط

قد تصدر صيغة الوقف منجّزة حاسمة أى تخلو من الشروط فتكون نافذة فور صدورها.

وقد تصدر معلقة على شرط أو مضافة إلى مستقبل وللفقهاء – أمام هذه التعريفات – آراء نبينها فيما يلى:

(أ) قد يعلق الواقف وقفه على حضور شخص معين، كأن يقول: إذا جاء فلان فقد وقفت دارى هذه على إحدى الجهات، أو إذا وقف هذه الدار بشرط احتفاظه بخيار الرجوع فى هذا الوقف متى شاء..

والشرط فى مثل هذه الصور باطل فى ذاته وإن لم يكن له أثر فى إبطال الوقف نفسه.

(ب) لو شرط الواقف أن له الحق فى أن يمنع من الوقف من شاء ويعطى من يشاء.

أو أن يشترط لنفسه أن يدخل فى الوقف من يشاء ويخرج منه من يشاء.

أو أن يشترط لنفسه حق بيع الوقف متى شاء أو إذا افتقر أو إذا احتاج إلى بيعه ونحو ذلك..

وفى هذه الصور أيضا لا يصح الوقف؛ لأن الوقف لم يصدر ناجزا، وإنما ارتبط بشرط معين، فإذا تحقق هذا الشرط فعلى الواقف أن ينشىء صيغة جديدة للوقف خالية من هذه الشروط حتى يكون الوقف نافذا(١).

---

(١) انظر: حاشيتى قليوبى وعميره ج٣/ ١٠٣.

(جـ) قد يعلق الواقف ابتداء الوقف على شرط فى الحياة كأن يقول مثلا: إذا جاء رأس الشهر فدارى وقف أو فرسى حبيس أو إذا ولد لى ولد أو إذا قدم لى غائبى أو نحو ذلك.

ومثل هذه الصور لا تجيز العقد، لأنه لا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط فى الحياة؛ لأن الوقف نقل للملك فيما لم يبن على التغليب فلم يجز تعليقه على شرط كالهبة.

(د) كما لا يصح تعليق انتهاء الوقف على شرط كما لو قال: دارى وقف إلى سنة، أو إلى يقدم المسافر من سفره.

ولا يصح الوقف فى هذه الصورة لأنه ينافى مقتضى الوقف، فإن مقتضاه التأبيد.

وتختلف هذه الصورة عن قوله: هذا وقف على ولدى سنة، ثم على المساكين.

ففى هذه الصورة الأخيرة يصح الوقف، لأن الوقف مستمر، وإن تغيرت الجهة الموقوف عليها.

ولأنه وقف متصل الابتداء والانتهاء، ولأن المساكين لا انتهاء لهم[1].

.. وقد أجاز أبو يوسف للواقف أن يشترط أن تكون الغلة كلها أو جزء منها لنفسه ما دام حيا، كما أجاز عودة الغلة مع العين إلى الواقف انتهاء عند التاقيت وعند اشتراط الغلات لمن يتوهم انقطاعه.

وبذلك يجوز أن يقف على نفسه ابتداء فاعتبر الابتداء بالانتهاء وقد جاء فى «المبسوط» للسرخسى: (ومن ضمن ما توسع فيه أبو يوسف أنه لو جعل مصدر الغلة لنفسه ما دام حيا فذلك جائز عند أبى يوسف أيضا اعتبارا للابتداء بالانتهاء، لأنه يجوز على جهة يتوهم انقطاعها، وإذا انقطعت عادت الغلة إليه

---

(١) المغنى جـ٦/ ٦٢٨.

فى الانتهاء فكما يجوز فى الانتهاء فكذلك فى الابتداء يجوز أن يقدم نفسه على غيره فى الغلة).

(هـ) لا يصح تعليق الوقف على شرط مستقبل، لأن العقد يبطل بالجهالة، فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع.

ويتحول عقد الوقف إلى وصية إذا أضافه إلى ما بعد الموت، فلو قال مثلا: دارى هذه وقف بعد موتى..

فإن هذا الوقف - لفظا - يتحول إلى وصية تخرج من ثلث التركة كما هو المعروف من أحكام الوصية.

ويكون الوقف - بهذه الصورة - تبرعا مشروطا بالموت.

(و) قد يشترط فى الوقف أن ياكل منه أيام حياته أو مدة بعينها فله شرطه[1]، أو أن ينتفع من هذا الموقف بأى شكل من اشكال المنفعة والدليل على ذلك أن عمر اشترط فى وقفه أن ياكل من وَلِيه ويُؤكل صديقه غير متمول مالاً[2].

وقد تصدق الزبير بدوره، وسمح لإحدى بناته - وكانت محتاجة - أن تسكن فى إحدى هذه الدور، فإن استغنت بزوج فليس لها حق السكنى[3].

(ز) وقد يشترط الواقف أن تكون غلة الموقوف له:

وعند محمد (من الحنفية) والإمام مالك عدم جواز هذا الاشتراط، لأنه مناقض لأصل الوقف الذى يبطل باقتران هذا الشرط بصيغته.

وقد جاء فى «المبسوط» للسرخسي: «إذا جعل وقفا على نفسه، أو جعل شيئا من غلته لنفسه ما دام حيا فالوقف باطل، لأن التقرب بإزالة الملك واشتراط الغلة أو بعضها لنفسه يمنع زوال ملكه فلا يكون صحيحا».

---

(١) الكافى فى فقه أحمد بن حنبل ج٢/ ٢٩٨.

(٢) فتح البارى شرح صحيح البخارى ج٥. باب «نفقة القيم للوقف»/ ٤٧٦.

(٣) السابق.

وواضح من هذا الاتجاه إلى إبطال هذا الوقف المشروط أن اشتراط الواقف غلة الموقوف أو جزءا منها لنفسه غير معقول، فهو الذى يملك العين الموقوفة كلها لا غلتها فقط..

فلو أراد أن يتمتع بهذه الغلة فلا معنى للوقف الذى من شأنه إزالة ملك الواقف للعين الموقوفة وتسبيل ثمرتها للغير، وهذا هو المفهوم الأصلى للوقف وحكمته.

ويضيف مالك بعدا آخر إلى عدم جواز هذا الوقف المشروط، إذ يجعل الاشتراط لغوا لا أثر له على إبطال الوقف، وعلى ذلك فإن الوقف صحيح والشرط باطل[1].

وقد ذهب جمهور الشافعية هذا المذهب، بل قالوا بعدم صحة الوقف مع هذا الشرط.

ويرى الحنابلة أيضا أن الوقف صحيح والشرط باطل[2].

غير ان أبا يوسف (من الحنفية) وابن حزم الظاهرى قد ذهبا إلى جواز اشتراط الواقف غلة الوقف – أو جزءا منها – لنفسه ما دام حيا.

وجاء فى المحلى لابن حزم الظاهرى: (جائز للمرء أن يحبس على من أحب أو على نفسه وعلى من يشاء، لقول النبى ﷺ: «ابدأ بنفسك فتصدق عليها».

* * *

---

(١) التاج والإكليل مختصر خليل ج٦/ ٢٥.

(٢) منتهى الإرادات ج٢/ ٤٧٦، ٤٨٦.

المبحث الثالث

الرجوع عن الوقف والتغيير فيه

ذهب جمهور الفقهاء وأبو حنيفة إلى أن الوقف جائز غير لازم، ومعنى ذلك أنه يجوز الرجوع عنه.

وقد احتجوا على ذلك بقول الرسول ﷺ «يحبس أصلها».

وهذا لا يستلزم تأبيد الوقف، بل يحتمل أن يكون لمدة معينة يختارها الواقف، ويحددها لنفسه، بدليل قول عمر: لولا أني ذكرت صدقتي لرسول الله ﷺ لرددتها» وهو يشعر بجواز الرجوع في الوقف.

أما القائلون بلزوم الوقف وعدم الرجوع فيه فإنهم يحتجون بقول الرسول ﷺ عن الوقف «صدقة جارية» وهذا يشعر بأن الوقف لازم لا يجوز نقضه، ولو جاز نقضه لكان الوقف صدقة منقطعة لا جارية، والحديث قد وصفه بعدم الانقطاع.

وقول الرسول ﷺ أيضاً: «لا يباع ولا يوهب ولا يورث» بيان لمعنى الوقف وطبيعته.

وفي قانون الوقف المصري رقم ٧٨ لسنة ١٩٤٧ جاءت المادة (١١) بشأن الرجوع عن الوقف والتغيير في مصارفه. ونصها:

(للواقف أن يرجع في وقفه كله أو بعضه، كما يجوز له أن يغير مصارفه وشروطه..).

ولكنها استثنت المسجد من هذا الجواز حيث جاء في آخرها: (ولا يجوز الرجوع ولا التغيير في وقف المسجد ابتداء، ولا فيما وقف عليه ابتداء).

ونصت المادة (١٤) من هذا القانون على جواز استبدال عين أخرى بالعين الموقوفة وإنفاقها في إنشاء مستغل جديد.. وهذا نصها:

(تشترى المحكمة بناء على طلب ذوى الشأن بأموال البدل المودعة بخزانتها عقارا أو منقولا يحل محل العين الموقوفة، ولها أن تأذن بإنفاقها فى إنشاء مستغل جديد .

ويجوز لها أن تأذن باستثمار أموال البدل بأى وجه من وجوه الاستثمار الجائز شرعا .

كما أن لها أن تأذن بإنفاقها فى عمارة الوقف دون رجوع فى غلته) .

ويتصل ما جاء بهذه المادة بما جاء فى فقه المالكية[1] من جواز بيع العين الموقوفة وغيرها إذا احتاج الناس إليها لجامعهم الذى فيه الخطبة، وطريقهم الذى يسيرون فيه (.. وإذا كان النهر بجانب طريق عظيمة من طرق المسلمين التى يسلك عليها العامة فحفرها حتى قطعها، فإن أهل تلك الأرض التى حولها يجرون على بيع ما يوسع به الطريق) .

كما أجاز بعضهم أيضا مقابلة العقار المخرّب بعقار آخر يحل محل الوقف إذا لم يكن ذا منفعة ولا ينتظر أن يأتى بنفع قط .

وقد رأى ابن رشد أن القطعة الموقوفة إذا كانت قد انقطعت غلتها بجملة، وأصبح ميئوسا من عمارتها أو استغلالها، فلا بأس بالمعاوضة فيها بمكان يكون وقفا مكانها .

ويكون ذلك بحكم من القاضى بعد ثبوت ذلك السبب، ويسجل ذلك ويشهد به[2] .

ويسرى ذلك أيضا على المسجد إذا تخرب وخيف على أنقاضه من الفساد، ولم تُرْج عمارته، فلا بأس ببيعها، ويستخدم ثمنها فى مسجد غيره .

(أى يجوز أن يستعان بالنقض ذاته فى بناء مسجد آخر ولا يباع)[3] .

---

(١) انظر : التاج والإكليل فى مختصر خليل ج٦/ ٤٢ .

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد . لابن رشد ج٦/ ٤٢ .

(٣) انظر : محاضرات فى الوقف . الشيخ/ محمد ابو زهرة/ ١٦١ .

وقد جاء فى بعض كتب المالكية[1] أن المساجد والمدارس التى بناها الملوك بمصر فنافذة لأنها من مصالح المسلمين.

لكن إذا خربت هذه المساجد والمدارس فأذن ناظر الوقف لمن يعيد إعمارها أن تكون ملكا له فى نظير دفع أرض أخرى للمستحقين أو لخدمة المسجد فإن ذلك غير جائز سدا لذريعة الاستيلاء على نفس المساجد المخربة وإدخالها فى ملك بعض الأشخاص.

لكن إذا بيع العقار الموقوف لتوسيع مسجد جامع فإن ذلك جائز.

كما جاء عن مالك فى «المدونة» أن العقار الموقوف لا يباع ولو خرب، ولكن إن رأى الإمام بيع ذلك لمصلحة جاز، ويجعل ثمنه فى مثله.

وذلك أيضا فى مذهب أبى حنيفة، فعندهم يجوز بيع الوقف إذا خرب ويجعل ثمنه فى مثله.

أى يجوز البيع ويصرف الثمن فى مصالح المسلمين كبناء مسجد أو إنشاء طريق ينتفع به الناس جميعا.

وأما ما كان وقفا على غير معين كالفقراء فلا يلزم - عند بيعه - دفع ثمن فيه؛ لأنه إذا كان على غير معين لم يتعلق به حق لمعين، وما يحصل من الأجر لواقفه إذا دخل فى المسجد أعظم مما قصد تحبيسه لأجله[2].

وفى العقار الموقوف الذى يوشك أن يخرب أو يخرب بالفعل فيدفعه مستحقه لمن يعمره بسكناه لمدة معينة ومبلغ معين من المال يتفقان عليها زيادة على السكنى.. لا يجوز ذلك، وإن وقع يفسخ فى حياته وبعد موته، ويؤجر، ويدفع للبانى قيمة بنائه قائما من الأجرة[3].

---

(١) بلغة السالك إلى أقرب المسالك ج٣/ ٢١٤.
(٢) بلغة السالك (السابق)/ ٢١٥.
(٣) فتح العلى المالك ج٢/ ٢٥٥.

وقد فصلت بعض كتب الحنابلة[1] هذه الصورة، حيث رأوا أن الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه بأن كان دارا فخربت، أو مسجدا فتعطل.. فإن أهل القرية ينتقلون عنه وإذا لم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه.

وقال بعضهم: إذا خرب المسجد أو الوقف عاد إلى ملك واقفه؛ لأن الوقف إنما هو تسبيل المنفعة، فإذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه..

غير أن الإمامين مالكا والشافعي لا يجوّزان بيع شيء من ذلك لقول الرسول ﷺ «لا يباع أصلها ولا تبتاع ولا توهب ولا تورث».

ولأن مالا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع بقاء تعطلها كالمعتق، والمسجد أشبه الأشياء بالمعتق.

لكن يروى عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى سعد بن أبي وقاص لما بلغه أن بيت المال قد خرب: انقل المسجد، واجعل بيت المال في قبلة المسجد، فإنه لن يزال في المسجد مصلى، وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان إجماعاً[2].

وهذه الرواية تفيد أن الوقف إذا خرب، فإنه لا يباع ولا يعود إلى ملك صاحبه، ولكن يمكن التصرف فيه على وجه يمكن أن يؤدى إلى الانتفاع به.

كما أن دلالة هذه الرواية أن عمر أمر بنقل الوقف من مكانه، فدل ذلك على جواز نقل الوقف وإبدال مكانه بمكان آخر، وهذا في معنى البيع.

وفي هذا استبقاء الوقف بمعناه عند تعذر إبقائه بصورته كما يستفاد من الرواية السابقة أن المسجد إذا لم ينتفع به في مكانه، بيع ونقل إلى مكان ينتفع به[3].

---

(١) المغني لابن قدامة جـ٥ / ٦٣١.

(٢) المغني (السابق).

(٣) العدة شرح العمدة في فقه أحمد بن حنبل. بهاء الدين المقدسي / ٢٨٢.

المبحث الرابع

ناظر الوقف : تعيينه - اختصاصاته - اشتراطاته

الناظر على الوقف هو الذى يلى الوقف وحفظه وحفظ ريعه، وتنفيذ شروط واقفه[1].

وهو قريب الصلة بالمتولىّ الذى يفوَّض إليه التصرف فى مال الوقف، والقيام بتدبير شئونه.

وإذا كان الناظر والمتولى لفظين مترادفين بمعنى واحد، فإن الواقف لو شرط لوقفه متوليا وناظرا عليه، فإنه يريد بالناظر المشرف على الوقف، ويريد بالمتولى من يقوم على تنفيذ اشتراطات الواقف[2].

كما أن من مترادفات الناظر «القيّم»، وهو من يعينه الحاكم لتنفيذ وصايا من لم يوص معينا لتنفيذ وصيته، والقيام بأمر المحجورين من أطفال ومجانين وسفهاء، وحفظ أموال المفقودين ممن ليس لهم وكيل.

والعلاقة بين الناظر والقيّم أن كلا منهما يقام لرعاية وحفظ أموال ومصالح المسلمين..

إلا أن القيم يتم تعيينه من قبل الحاكم، أما النظر فقد يعينه الحاكم وقد يعينه الواقف[3].

ومن المترادفات أيضا «الوصى» وهو: من جعل له التصرف بعد موت الموصى فيما كان للموصى التصرف فيه من قضاء ديونه واقتضائها..

---

(١) كشاف القناع ج٤/ ٢٦٩.
(٢) حاشية ابن عابدين ج٣/ ٤٣١.
(٣) جواهر الإكليل ج٢/ ٩٨، القليوبى وعميرة ج٣/ ١٧٨.

والصلة بين الناظر والوصى: أن الناظر هو الذى يلى أمر الوقف، أما الوصى فهو الذى يتولى تنفيذ الوصايا ونحوها، فالوصى أعم(1).

وقد تحدث الفقهاء عن أحكام الناظر، وهل يعينه الواقف أو الحاكم؟ وماهى شروطه التى يجب توفرها حتى يكون مؤهلا لإدارة أموال الوقف؟

ومن يحق له عزل الناظر عندما يفقد شرطا من شروط أهليته؟ وهل يجوز تعدد الناظرين لمال وقف واحد؟

ونرجو أن نعرض لبعض هذه الفروع فى الصفحات التالية:

● **الولاية الأصلية على الوقف:**

الأصل أن الولاية على الوقف تكون للواقف نفسه لأنه أقرب الناس إلى الوقف.

فهو إذن الذى يتولاه ويرعاه ويدبره لمصلحة الموقوف ولمصلحة الموقوف عليه أيضا.

وظاهر مذهب الحنفية - وهو ما اتجه إليه أبو يوسف - أن الولاية ثابتة للواقف من غير حاجة إلى نص..

كما أنها ثابتة لمن يقيمه هذا الواقف بالنص عليه أو بتعريفه تعريفا واضحا، كأن يقول: وليت أكبر المستحقين سنا، أو لصاحب الخبرة فى إدارة الأوقاف.

وإذا عين الواقف ناظرا يتولى أمور الوقف فليس للقاضى عزل هذا الوالى دون مبرر كالخيانة أو الفسق(2). وإذن فإن الولاية على الوقف - فى ظاهر مذهب الحنفية - يكون للواقف أولا، ثم لمن يوليه من بعده، فإن لم يعين أحدا فهى للقاضى.

---

(1) المغنى المحتاج ٧٣١٣، المغنى لابن قدامة ج٦/ ١٣٤.
(2) فتح القدير ج٥/ ٦٠.

أما مذهب مالك فإنه يتجه إلى منع الواقف من الولاية، ولكنه يعطيه الحق فى تعيين الوالى على الوقف وعزله واستبداله.

وإذا لم يعين الواقف واليا على الوقف، فإن الولاية تكون للقاضى يولى من يشاء.

وقد تكون الولاية للموقوف عليهم أو لمن يختارونه إذا كان الموقوف عليهم معينين.

● تعيين الناظر على الوقف:

يعين الناظر بواسطة الواقف، وبمقتضى شروط هذا الواقف يُمكّن الناظر من الولاية على الوقف.

وقد يقع تحت شروط الواقف أن يعين على وقفه الأكبر سنا، أو الأكثر خبرة، أو الأرجح عقلا.

فإذا انطبقت هذه الأوصاف على عدد من الموصى لهم، واختلفوا فيما بينهم، فإن القضاء هو الذى يفصل فى هذا الخلاف بما يراه متفقا مع مبادىء الشريعة.

ومن ثم فإن سلطة القضاء فى تعيين النظار ليست مطلقة.

فقد جاء فى القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ أن القاضى الشرعى لابد له من مخاطبة وزارة الأوقاف قبل أن يثبت التعيين ونصت المادة ٣٣٦ منها على ذلك، فقد جاء فيها:

(ولا تقبل المحاكم الشرعية شيئا من عقود الإبدال والاستبدال والاحتكار والخلو وبيع الأنقاض والاستدانة ما يتعلق بالأوقاف الأهلية أو الخيرية، ولا تقيم نظارا عليها بغير شرط الواقف، ولا تعزلهم إلا بعد مخابرة وزارة الأوقاف)[١].

ولقد سارت كتب الشافعية على أن ولاية الوقف عند عدم اشتراطها لأحد تكون للقاضى، حيث جاء فى نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: (وإن لم يشرطه لأحد، فالنظر للقاضى، وإذ نظره عام فهو أولى من غيره، ولو واقفا أو موقوفا عليه، وإن كان معينا)[٢].

وقد وسع مذهب الشافعى فى ناحية إثبات حق النظر للواقف، فأجازه له بالشرط.

---

(١) عن (محاضرات فى الوقف: لابى زهرة)/ ٣٢٩.   (٢) نهاية المحتاج ج٤/ ٢٩٢.

ولكنه ضيق حق الواقف فى عزل المولى، فمنعه إلا إذا كان هو ناظرا مولى بالشرط.

وهذا فى الوقت الذى فعل فيه مالك عكس ذلك، إذ ضيّق فمنع الولاية عن الواقف إلا فى بعض الأحوال، ووسع فأعطى الواقف حق العزل والتعيين كلما بدا له[1].

وإذا كان قد ضيق سلطة الواقف فى تعيين الناظر، فقد جعل الولاية للقاضى يولّى من يشاء، وبخاصة إذا أغفل الواقف أمر الناظر الذى يتولى الوقف.

وفى مذهب الحنابلة اتجاه آخر، وهو أن الواقف إذا لم يجعل النظر لأحد عند إنشاء الوقف، فإن كان الوقف على جهة عامة أو على غير محصورين كالمساجد والقناطر والمساكن فالولاية إلى القاضى.

وإن كان الوقف على آدمى معين محصور، سواء أكان عددا أم واحدا فالنظر للموقوف عليه لأنه يختص بنفعه، فكان نظره إليه كملكه المطلق، وقيل إن النظر يكون للحاكم[2].

وقد صدر القانون المصرى رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ بشأن الولاية على الوقف فجاء فى المادة (١) منه أن الواقف إذا لم يعين جهة البر الموقوف عليها أو عينها ولم تكن موجودة أو وجدت جهة بر أولى جاز لوزير الأوقاف بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى أن يصرف الريع كله أو بعضه على الجهة التى يعينها دون تقيد بشرط الواقف.

ويجوز لوزير الأوقاف بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى أن يغير فى شروط إدارة الوقف الخيرى.

كما حدد هذا القانون سلطة الناظر فى التصرف إذ جاء فى المادة (٤٥):

(لا يجوز للناظر أن يستدين على الوقف إلا بإذن المحكمة الشرعية، وذلك فيما عدا الالتزامات العادية لإدارة الوقف واستغلاله).

وسلطة الناظر - سواء أكان مولىّ من قبل الواقف أو بمقتضى شروطه، أم مولى من قبل القاضى - تتمثل فى توكيل من شاء فى التصرفات التى يملكها أو فى بعضها، لأن التوكيل إنابة غيره عنه فيما له حق التصرف فيه..

ومع ذلك فإن هذا الذى مُنح للناظر لا يحجب الحق عن الأصيل الذى

---

(١) مواهب الجليل ج٦/ ٣١.   (٢) المغنى ج٦/ ٣٤٢ (عن: ابى زهرة/ ٣١٧).

عيّنه، بل يستمر له، لأن الوكيل إنما يتكلم بلسان الموكل، وفعله فعله، وتصرفاته كلها تبعاته عليه.

● **عزل الناظر:**

تبين مما قدمنا أن ناظر الوقف قد يكون أصليا وقد يكون فرعيا.

فالأصلي الذى لم يُنص على تعيينه فعينه القاضى، والفرعى هو الذى عين من قبل من له ولاية أصلية على الوقف فإذا كان الناظر أصليا فإن عزله يكون بأحد أمور ثلاثة:

١- بعزله نفسه عن ولاية الوقف.

٢- بموته.

٣- يفقد شرط من الشروط التى يجب تحققها فيه.

وهى: العقل والبلوغ والعدالة والكفاءة والإسلام، وإذا كان هذا الناظر فرعيا ولاه الواقف، فإنه ليس للواقف عزل الناظر الذى تولى بشرطه ما دام لم يشترط الولاية لنفسه. وإذا كان الناظر قد وكل شخصا عنه فى تولى بعض شئون الأوقاف أو كلها، فإن له عزله فى أى وقت شاء، وتكون أجرة الناظر الثانى من أجرة الناظر الأول.

كما ينعزل هذا الناظر الثانى بعزل الناظر الأول..

ومن المعلوم أن إسناد الناظر ولاية الوقف إلى غيره تسمى «التفويض».

وفى هذا التفويض يفرّغ الناظر الأصلى نفسه من الولاية، حيث «يفوضها» إلى الناظر المفوض وهذا الناظر يتصرف فى الوقف كما كان يتصرف الولى الأصلى على وجه الولاية لا على وجه الإنابة.

وهذا التفويض يتضمن أمرين:

أحدهما: عزل الناظر نفسه وتفريغها.

ثانيا: تمليك غيره الولاية على الوقف مستقلا بها.

● **متى يملك المتولى حق التفويض**[1]:

عند الحنفية أن هذا المتولى يملك حق التفويض فى الأحوال الآتية:

١- إذا كان ولى الوقف الأصلى أو القاضى قد أعطاه هذا الحق عند توليته.

---

(١) انظر: أبو زهرة. محاضرات فى الوقف ص٣٢٠ - ٣٢٢.

فإذا أُعطى هذا الحق كان له أن يفوض غيره فيما كان ناظرا أو متوليا عليه.

ولكن ليس له بعد ذلك أن يعزله ويقيم نفسه مقامه ويسترد ما كان له، إلا إذا اشترط له الواقف ذلك.

٢- إذا كان هذا المتولى قد أخذ سلطته من قبل الواقف، ولم يكن هذا الواقف قد جعل له سلطة التفويض، ثم حضرت المتولى حالة مرض الموت، فإنه إذا أراد التفويض فى هذه الحالة فإنه يجاب إليها.

والتفويض فى مرض الموت بمثابة الإيصاء، والقيم على الوقف من قبل الواقف كالوصى المختار له أن يوصى لغيره بعد وفاته.

٣- إذا تطوع هذا المتولى قد فوض غيره فى النظر للوقف دون أن يكون الولى الأصلى أو القاضى هذا الحق..

ثم إن القاضى قد أذن له فى هذا التفويض بعد ذلك كان هذا التفويض صحيحا.

أما إذا لم يجز القاضى هذا التفويض فإنه لا يصح.

وقد أجاز مذهب المالكية للناظر التوكيل فى أى وقت شاء وحيثما أراد.

لأن الوكيل يتصرف بلسطان الموكل.

والتفويض جائز من الواقف فى أى وقت شاء، وله عزل من يفوض إليه فى أى وقت شاء.

وله أن يوصى لمن شاء بعد موته، وله أن يعطى من يختار حق الولاية فى حياته.

(وتفويض النظر حق للواقف بكل معانى التفويض، وما تتسع له من أحكام... أما حق الناظر الذى ولاه الواقف فى التفويض، فليس له الحق إلا بنص من الواقف).

﴿ الحمد لله رب العالمين ﴾

الفهرس

الموضـــــوع الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة

القسم الثانى
الـوقــف

الموضـــــوع	الصفحة

الموضـــــوع **الصفحة**

* * *

رقم الإيداع : ٤٥٥٧ لسنة ٢٠٠٦ م

الترقيم الدولي: I.S.B.N.: 977 - 244 - 176 - 4